DERECHO ADMINISTRATIVO

2.ª edición

Ricardo Rivero Ortega

tirant
lo blanch

manuales

DERECHO ADMINISTRATIVO

4.ª edición,
segunda en Tirant lo Blanch

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Consuelo Ramón Chornet
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

DERECHO ADMINISTRATIVO

4.ª edición,
segunda en Tirant lo Blanch

Ricardo Rivero Ortega

tirant lo blanch
Valencia, 2023

Copyright ® 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Ricardo Rivero Ortega

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1147-638-6
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: *http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf*

A Nieves, por tercera vez

Índice

Tema I
EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Origen y sentido del Derecho administrativo 15
2. La construcción del Derecho administrativo como ciencia jurídica 18
3. Derecho administrativo, interés general y garantías individuales 20
4. Función administrativa y actividad administrativa de los restantes poderes del estado 22
5. La sujeción del Gobierno al Derecho administrativo 24
6. Derecho administrativo y Derecho privado 25
7. La buena Administración 26
8. La globalización del Derecho administrativo 27
9. El Derecho administrativo europeo 29
10. El Derecho administrativo y la Constitución 30

Tema II
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. ¿Qué es administrar? 33
2. La personificación jurídica de las entidades administrativas 34
3. El arquetipo de Administración pública 35
4. Administración pública y Estado de derecho 36
5. Administración pública y Estado democrático 38
6. Administración pública y Estado social 40
7. Administración pública y Estado descentralizado 42
8. Administración pública y globalización 43
9. La reforma de la administración 43
10. Administración electrónica e inteligencia artificial 44

Tema III
EL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO

1. El ordenamiento administrativo 45
2. Criterios de interpretación 46
3. La efectividad de las normas administrativas 47
4. Clasificación de las normas administrativas y otras fuentes 49
5. La interacción de los conjuntos ordinamentales 51
6. Aplicación en el tiempo de las normas administrativas. Retroactividad y derogaciones implícitas 52
7. Aplicación en el espacio de las normas administrativas. La territorialidad 54
8. Resolución de antinomias y conflictos interordinamentales 54
9. La cobertura de las lagunas y la analogía 55
10. Derecho administrativo y otras ramas del derecho 56

Tema IV
LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Iusnaturalismo y derecho administrativo 59
2. Valores superiores 60
3. Principios generales del derecho aplicados al derecho administrativo 62
4. Principios técnicos de las instituciones administrativas 63
5. Aplicaciones interpretativas de los principios del derecho administrativo 64
6. La ponderación de principios 65
7. Contradicciones entre principios 65
8. Principios, reglas y derechos fundamentales 66
9. La construcción de nuevos principios jurídico administrativos 67
10. La positivización de los principios 69

Tema V
LA POTESTAD REGLAMENTARIA

1. Fundamento de la potestad reglamentaria 71
2. Naturaleza y concepto de reglamento 72
3. Clases de reglamentos 73
4. El procedimiento de elaboración de reglamentos y la calidad normativa 75
5. La evaluación de impacto normativo 76
6. Límites de la potestad reglamentaria 77
7. Invalidez de los reglamentos 78
8. Control de la potestad reglamentaria 79
9. Autoregulación y normas técnicas de origen privado 80
10. Derecho blando 80

Tema VI
TEORÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1. La administración pública como poder organizado 83
2. El interés jurídico de la organización administrativa 84
3. Potestad organizatoria: titularidad, ejercicio y control 85
4. Entes públicos y órganos administrativos 86
5. Entes territoriales y entes institucionales 87
6. Teoría del órgano administrativo 88
7. Clases de órganos administrativos 89
8. Relaciones interorgánicas 90
9. Principios de la organización 90
10. Organización administrativa inteligente del siglo XXI, en red 93

Tema VII
LOS AGENTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Autoridades y empleados públicos 95
2. Clases de agentes de la Administración y régimen jurídico 96
3. Modelos de empleo público 98

4. La carrera administrativa 98
5. La selección de los empleados públicos 99
6. La formación, promoción y provisión de puestos de trabajo 100
7. Derechos de los empleados públicos 100
8. Los deberes y la evaluación del desempeño 102
9. Potestad disciplinaria y ética pública 103
10. El ejercicio privado de funciones públicas y la externalización de tareas 103

Tema VIII
LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL

1. Gobierno y administración 105
2. La estructura ministerial: orígenes, ventajas e inconvenientes 106
3. Los órganos superiores y directivos 107
4. El aparato administrativo de los ministerios 108
5. Las estructuras periféricas 108
6. De la administración autonómica a la racionalización de cora y las trece propuestas de 2021 109

Tema IX
LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

1. Gobierno y Administración autonómica 111
2. La estructura de consejerías: orígenes, ventajas e inconvenientes 112
3. Los órganos superiores y directivos 112
4. El aparato administrativo de las consejerías 113
5. Las estructuras periféricas autonómicas 113
6. La delegación en las entidades locales 114

Tema X
LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

1. Evolución histórica de las instituciones locales 117
2. La autonomía local en la Constitución 118
3. Sistema de fuentes del régimen local 119
4. El municipio: organización, competencias y funcionamiento 121
5. La provincia: organización, competencia y funcionamiento 122
6. Otras fórmulas de intermunicipalidad 123

Tema XI
LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL

1. Origen y razón de ser de los entes instrumentales 125
2. Evolución normativa 126
3. El intento de racionalización en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de 2015 126
4. Tipología de los entes instrumentales de las administraciones públicas 127
5. Régimen jurídico de los entes instrumentales del Estado 128
6. Régimen jurídico de los entes instrumentales de las Comunidades Autónomas 128

7. Régimen jurídico de los entes instrumentales de las entidades locales 129
8. Entes instrumentales interadministrativos 130

Tema XII
LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

1. La posición jurídica de la Administración ante el Ordenamiento: principio de legalidad/juridicidad 131
2. Cláusulas generales de apoderamiento, poderes implícitos y conceptos jurídicos indeterminados 134
3. La discrecionalidad administrativa 136
4. La mal llamada "discrecionalidad técnica" 136
5. Autotutela administrativa y posición ante el poder judicial 137
6. Las relaciones de la Administración con los sujetos privados: potestades exorbitantes 139
7. Potestades administrativas y desviación de poder 140
8. Relaciones interadministrativas de cooperación 141
9. Relaciones interadministrativas de control 142
10. Relaciones interadministrativas de conflicto 143

Tema XIII
EL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Acto y actividad administrativa 145
2. Concepto de acto administrativo 146
3. Elementos del acto administrativo: subjetivos, objetivos, formales. 147
4. Cláusulas accesorias de los actos administrativos 149
5. Clases de actos administrativos 150
6. Los actos políticos del Gobierno 150
7. Condiciones de eficacia de los actos administrativos: notificación y publicación ... 151
8. Invalidez de los actos administrativos: nulidad y anulabilidad 152
9. El principio de conservación de los actos: conservación y conversión 155
10. Eficacia retroactiva de los actos administrativos 156

Tema XIV
EL PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO

1. Concepto y razón de ser del procedimiento administrativo 159
2. Régimen jurídico aplicable: la codificación 160
3. Principios generales del procedimiento administrativo 162
4. Estructura del procedimiento administrativo: iniciación, instrucción, finalización y ejecución 163
5. La ordenación del procedimiento: el expediente administrativo y las responsabilidades en la tramitación 165
6. La imparcialidad en el procedimiento: abstención y recusación 166
7. Derechos de las personas en el procedimiento administrativo 167
8. Obligaciones en el procedimiento administrativo 168
9. El procedimiento administrativo digital: impacto de las nuevas tecnologías 169
10. La simplificación del procedimiento administrativo 170

Tema XV
LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1. Razón de ser y naturaleza de las vías administrativas previas 171
2. Insuficiencias de los recursos clásicos y la alternativa de órganos independientes.. 172
3. Recursos ordinarios y extraordinarios 173
4. El procedimiento: medidas provisionales y trámites hasta la resolución 174
5. Vías administrativas especiales: tributaria, expropiación, personal 176
6. Arbitraje, conciliación y mediación en Derecho administrativo 177

Tema XVI
EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Origen histórico y evolución del control judicial de la Administración pública 179
2. Jurisdicción especializada y control judicial ordinario 180
3. Ámbito subjetivo de la jurisdicción contencioso administrativa 181
4. Ámbito objetivo de la jurisdicción contencioso administrativa 182
5. Planta y competencias de los tribunales contencioso administrativos 183
6. El proceso contencioso administrativo 184
7. La Sentencia contencioso administrativa y otras formas de terminación del proceso 184
8. El recurso de apelación 185
9. El recurso de casación 186
10. La ejecución de sentencias contencioso administrativas 186

Tema XVII
LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION

1. La importancia de la responsabilidad del Estado 189
2. Responsabilidades políticas y responsabilidades jurídicas 190
3. Responsabilidad del poder legislativo y del poder judicial 191
4. Modelos de responsabilidad patrimonial de la Administración 192
5. Responsabilidad por actos, actuaciones, omisiones y dilaciones 193
6. Responsabilidad de las autoridades y los empleados públicos 194
7. Responsabilidad por daños producidos por los contratistas y sujetos autorizados 195
8. Presupuestos de la responsabilidad 196
9. Procedimiento de exigencia de responsabilidades 197
10. La indemnización 198

Tema XVIII
LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Actividad administrativa de policía, limitación o control 199
2. Actividad administrativa de fomento 202
3. Actividad administrativa de servicio público 204
4. Actividad administrativa de regulación 207
5. Actividad administrativa arbitral 208
6. Actividad administrativa de intervención directa mediante la creación de empresas públicas 208

Tema XIX
LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Fundamento de la potestad sancionadora y diferencias con el Derecho penal 209
2. Reserva de Ley y colaboración reglamentaria en la potestad sancionadora 210
3. Legalidad y tipicidad de las infracciones administrativas 211
4. Responsabilidad por comisión de infracciones 211
5. Presunción de inocencia 212
6. Irretroactividad 213
7. Concurrencia de sanciones y non *bis in ídem* 213
8. Principio de proporcionalidad 214
9. Principios del procedimiento sancionador 215
10. Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador 216

Tema XX
LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. ¿Por qué existe un régimen especial de los contratos públicos? 219
2. Contratos administrativos y contratos privados de la Administración 220
3. Ámbito de aplicación subjetivo de la normativa de contratos públicos 220
4. Ámbito de aplicación objetivo de los contratos públicos 222
5. Principios de la contratación pública 223
6. La selección de contratistas y el control de las adjudicaciones 224
7. La ejecución, resolución e invalidez de los contratos administrativos 225
8. Las prerrogativas contractuales 227
9. Los recursos especiales en materia de contratación 228
10. El nuevo enfoque de la contratación pública estratégica 228

Tema I

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 1. Origen y sentido del Derecho administrativo. 2. La construcción del Derecho administrativo como Ciencia jurídica. 3. Derecho administrativo, interés general y garantías individuales. 4. Función administrativa y actividad administrativa de los restantes poderes del Estado. 5. La sujeción del Gobierno al Derecho administrativo. 6. Derecho administrativo y Derecho privado. 7. La buena administración. 8. La globalización del Derecho administrativo. 9. El Derecho administrativo europeo. 10. El Derecho administrativo y la Constitución.

1. ORIGEN Y SENTIDO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Las sociedades humanas organizan la satisfacción de sus necesidades –defensa, supervivencia, cuidado, prosperidad compartida– atribuyendo poderes para dictar leyes, resolver conflictos y ejecutar decisiones a ciertas personas. El ejercicio de las facultades ejecutivas (como el de las legislativas y las judiciales) genera riesgos y dificultades a las que pretende dar cabal respuesta el Derecho administrativo.

Desde esta perspectiva, *–ubi societas, ibi ius–* el Derecho administrativo ha existido siempre. En el origen de la civilización, cuando surgen la escritura y la planificación de los recursos, ya observamos instituciones de tal naturaleza. Todos los grandes imperios de la historia de la humanidad han requerido y desarrollado normas reguladoras de las relaciones entre el poder, los bienes y la gente.

Roma ofrece notables antecedentes de técnicas administrativas que serán incorporadas por los glosadores al Derecho regio: *regulae exorbitantes* como la presunción de legalidad, la ejecutoriedad del acto y la vía de apremio, la potestad organizatoria, la función pública, el demanio, las multas o las expropiaciones (Villar Palasí).

En España, antes incluso de aparecer el Estado, a la altura del siglo XVI, se reconocen y multiplican comunidades locales con privilegios y cierto autogobierno. El Fuero de Brañosera (824) detalla toda una serie de concesiones de la nobleza a los montañeses, replicadas después a lo largo de los siglos de la Edad Media. ¿Acaso no eran Administración estos primigenios municipios?

Nuestros historiadores han aportado elocuentes análisis de este período y los siguientes: La época de los Reyes Católicos, prolífica en desarrollos y muestras de construcción institucional (De los corregidores a las chancillerías). Una burocracia en parte polisinodial (consejos), pero también integrada por órganos ejecutivos unipersonales, encargados de recaudar tributos y hacer cumplir las leyes.

La colonización de América, a lo largo de los siglos XVI y XVII, conllevará igualmente reglamentaciones, más o menos respetadas, dirigidas tanto a garantizar el interés de la Corona como a proteger a pobladores y viajeros de los excesos y abusos de sus funcionarios (a través, por ejemplo, del llamado juicio de residencia, o las normas de buena policía). Estas eran instituciones administrativas *avant la lettre*.

Se ha señalado con *auctoritas* el nacimiento del Derecho administrativo tras la Revolución Francesa (García de Enterría). Literalmente, como veremos, puede ser cierto, pero no lo es en cambio afirmar el poder absoluto del Rey, carente de límites o ajeno a control alguno, hasta 1789. No fue así en el caso español, pues nuestros monarcas se toparon en pleno apogeo con ideas contrarias a su omnipotencia.

Frente a la fórmula atribuida a Fernando VI, "Allí van leyes do quieren reyes", desde el Fuero Juzgo visigótico se corregía el *quod principi placuit legos habet vigorem* con el adagio *Rex eris si recte facias, si non facias, non eris*. Nunca en Castilla se ha tolerado el abuso del poder, ni los excesos de las autoridades delegadas. *Del Rey abajo, ninguno* o *Nadie es más que nadie* son frases pronunciadas hasta hoy.

No sólo en España. A lo largo de todo el mundo, en sus múltiples culturas, hallaríamos sin gran esfuerzo filosofías y órdenes jurídicos dirigidos a racionalizar el ejercicio del poder público. Un hilo conductor que une las aportaciones de Confucio y el pensamiento de Cicerón, pasando por los espejos de príncipes (hasta Maquiavelo), incluyendo las *Empresas políticas* de Saavedra Fajardo.

En este tratado de consejos para el buen gobierno, hallamos descritos varios de los principios de la administración: reconocer las cosas como son; deslumbrar con la verdad la mentira; corregir y regir con la ley; afirmar el poder tanto con la justicia como con la clemencia; evitar multiplicar los errores; vigilar a los ministros; no gravar en exceso con tributos, etc.

Mucho antes de las revoluciones modernas, este pensamiento tuvo además una de sus más lúcidas expresiones en los pronunciamientos de la llamada *Escuela de Salamanca*: Vitoria, De Soto, Molina, Suárez, teólogos razonadores frente a la autoridad ilimitada del monarca, defensores de la dignidad humana y el libre albedrío. Exitosos por cierto al convencer al Emperador con sus ideas.

Y es que todos los seres humanos compartimos un universal de repulsa y reacción frente a la tiranía. Cuando las sociedades sufren los excesos, se movilizan contra ellos para alcanzar un orden mejor en la administración de lo de todos, aunque algunas veces fracasen (otras no): las comunidades de Castilla, las independencias americanas o las primaveras árabes son algunos ejemplos.

Ese orden requiere el Derecho administrativo, expresión cultural de la necesidad humana de ejercicio comedido del poder, contribución decisiva al desarrollo de una Administración organizada, poderosa y racionalizada, clave del Estado de Derecho. Porque el control del comportamiento de autoridades y funcionarios mediante normas marca una diferencia crucial para la tranquilidad de las personas.

Donde la libertad se garantiza mediante frenos y contrapesos, se abren espacios para la disidencia, la innovación y el desarrollo, permitiendo adaptaciones a las circunstancias cambiantes. En aquellos lugares donde los gobernantes logran congelar el *status quo* y lo petrifican con su legismo, el progreso se interrumpe. El Derecho también debe servir pues para embridar el poder y lograr que sirva al ser humano.

Administración pública y Derecho administrativo se realimentan. Cuando más crece y se consolida aquella, más necesita un conjunto detallado de reglas ordenadoras. A su vez, tales regulaciones se ven orientadas en el sentido de reforzar y racionalizar el actuar administrativo, desde su propia fenomenología. Y, por ende, le confieren exorbitantes poderes de aplicación, animando su desarrollo.

En su naturaleza, común con otras grandes empresas, las Administraciones contemporáneas responden a modelos de decisión a menudo subóptimos (Herbert Simon). Por ello, intentan corregir sus defectos con ajustes organizativos y normas de procedimiento. El Derecho administrativo también intenta cubrir esta necesidad, orientando hacia la objetividad su comportamiento.

La creciente asignación de tareas a la Administración pública no sólo incrementa sus dimensiones estructurales. También acrecienta su hambre de potestades y técnicas destinadas a la satisfacción de los fines encomendados. Tal ciclo de nuevas tareas, mayor organización, más complejidad y crecientes poderes ha de regularse para corregir abusos y excesos.

Por ello resulta tan necesario el Derecho administrativo, toda vez que no parece posible una sociedad próspera sin sus instituciones. La experiencia histórica manifiesta conexiones notables entre el respeto a la esfera de derechos e intereses de las personas y el desarrollo económico. Si los seres humanos se enfrentan a la incertidumbre sobre el comportamiento del poder, pierden motivación para esforzarse.

No es extraño hallar más crecida esta rama del Derecho público en las naciones civilizadas. Y no sólo en Occidente, por supuesto. Junto a Alemania, Estados Unidos, España, Francia o Italia, observamos el cultivo de esta Ciencia en países muy distantes entre sí, como Japón o Brasil. Cuando una sociedad avanza en la línea del control del poder, inevitablemente requiere instituciones jurídico-administrativas.

¿Cuál es nuestra definición del Derecho administrativo? Conjunto de normas y principios reguladores de la organización y la actividad de la Administración pública, tendentes a la realización de los intereses públicos, garantizando al tiempo el respeto de los derechos de las personas.

También es una Ciencia jurídica aplicada, cuyo origen moderno data de principios del siglo XIX. A continuación, lo veremos.

BIBLIOGRAFÍA: BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif*, PUF, París, 1995. CASESSE, Sabino, *Derecho administrativo. Historia y futuro*, Madrid, 2014. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Taurus, Madrid, 1972. NIETO, Alejandro, *Estudios históricos de Administración pública y Derecho administrativo*, INAP, 1986. PIRIE, Fernanda, *Ordenar el mundo. Cómo 4000 años de leyes dieron forma a la civilización*, Crítica, 2022.RIVERO ORTEGA, Ricardo, *¿Para qué sirve el Derecho?,* Porrúa, México, 2018. SAAVEDRA FAJARDO, Diego, *Empresas políticas* (Edición, introducción y notas de Francisco Javier DÍAZ DE REVENGA), Planeta, 1988. SIMON, Herbert, *Administrative Behaviour*, 1947. VILLAR PALASÍ, José Luis, *Técnicas remotas del Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 2001. WEIL, Prosper, *Derecho administrativo*, Cívitas, Madrid, 1986.

2. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO CIENCIA JURÍDICA

Acabamos de afirmar que el Derecho administrativo, en su versión apropiada, requiere un entorno favorable al respeto de las personas y el cumplimiento de las normas por parte del poder público. Tal contexto cultural se dará, tras la Ilustración del siglo XVIII, en el momento de las revoluciones liberales americanas y europeas. Será entonces cuando la modernidad genere consecuencias políticas trascendentes.

Claro que antes en la historia encontramos diseños institucionales favorables a la actuación comedida del poder. Un ejemplo lo ofrece el período del Rey Asoka, en la India del siglo tercero A.C, cuyos edictos proclamaban la tolerancia y el respeto de personas de todas las creencias. O la época en la que Confucio aplicaba sus preceptos como Ministro de Justicia del Estado de Lu.

También en Occidente, encontramos legislación y organización administrativa orientadas a la utilidad pública, en clave humanista, volcada sobre el Derecho canónico, verdadero antepasado del Derecho administrativo en su regulación de la personalidad jurídica, los bienes eclesiásticos o sus "funcionarios"; hay muchas más normas de esta naturaleza en la Iglesia que en las monarquías medievales (Le Bras).

Son considerables antecedentes históricos, pero el principal sigue siendo la Revolución Francesa, porque aspiró a realizar tanto la división de poderes como la declaración de derechos del hombre y el ciudadano. Finalmente se desvió de tales ideales, pero al menos ensayó un conjunto de normas dictadas para subordinar el comportamiento de las autoridades administrativas al imperio de la ley.

Estas reglas, controladas por la propia Administración, comenzarán a estudiarse en las facultades de Derecho francesas en la primera mitad del siglo XIX (1815-1828). Poco después de la creación del Consejo de Estado, durante el período de Napoleón, aparecen los primeros administrativistas en Francia: Cormenin, Macarel, Bonnin, Gandillot o Henrion de Pansey.

Las cuestiones de Derecho administrativo publicadas en 1822 por Cormenin nos ofrecen un buen ejemplo del tratamiento pionero y casuístico de la disciplina: el papel del Consejo de Estado en el control, las competencias de las autoridades administrativas, la titularidad de bienes públicos, los efectos de las decisiones, la legitimidad para recurrir, los requisitos de las notificaciones, las reglas para la venta de bienes nacionales.

También en España, hace aproximadamente doscientos años aparecen las primeras construcciones del Derecho administrativo con tal nombre. Las aportaciones de ilustres afrancesados –López Ballesteros, Bravo Murillo, Javier de Burgos, Alejandro Oliván– se proyectarán más tarde, tras la muerte de Fernando VII, en leyes administrativas explicadas a los juristas del momento en nuestras Facultades de Derecho por Ortiz de Zúñiga, Gómez de la Serna o Colmeiro.

Entonces se aprobarán la Ley de Expropiación Forzosa, decretos sobre selección de funcionarios, sobre contratos de obra pública, leyes de lo contencioso o del procedimiento administrativo. También, en los albores del siglo XIX, se escribirán los rudimentos de nuestra disciplina en castellano, sobre textos como el de Dou y Bassols, *Instituciones del Derecho público general de España* (Madrid, 1800).

¿Cómo afrontaban el Derecho administrativo nuestros tratadistas hace casi doscientos años? Tras las primeras traducciones de los manuales francesas (Macarel), habría que dirigirse para verlo a las obras de Ortiz de Zúñiga (*Cuaderno sobre cuestiones políticas y administrativas*, 1833) y Silvela (*Colección de proyectos, dictámenes y Leyes orgánicas o estudios prácticos de Administración*, 1843-1845). Repasando los contenidos de estos manuales encontramos las ideas generales del Derecho administrativo: el análisis de la Administración como poder y elemento de gobierno, su organización, formas de proceder y técnicas de control.

Después vendrán otros como Santamaría de Paredes, cuya Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa propiciará debates de gran altura so-

bre el alcance del control de la Administración. Y será completada por la Ley Azcárate, de Bases del Procedimiento Administrativo, igualmente dictada en las postrimerías del siglo XIX, con un claro afán de regeneración democrática.

Otros países experimentarán evoluciones más tardías del Derecho administrativo. En Estados Unidos, la primera obra con este nombre será la de GOODNOW, publicada en 1893. En Inglaterra, tras las resistencias de DICEY, será ROBSON quien publique su clásico *Justice and administrative law* en 1928.

La historia del Derecho administrativo como disciplina comienza con construcciones jurisprudenciales de sus principios (de Francia a Estados Unidos, de España a Argentina). Los tribunales encuentran las grandes reglas vertebradoras, directrices que después serán sistematizadas por la doctrina y, finalmente, codificadas en leyes generales.

Aunque sus instituciones sirven para racionalizar y controlar el poder, el Derecho administrativo ha existido y sigue existiendo en contextos autocráticos. Así lo muestra el Derecho español, pues durante los años 50 del pasado siglo se aprobaron leyes administrativas de gran calidad técnica en ausencia de división de poderes y sin reconocimiento de derechos y libertades básicas.

Cuando este ocurre, el Derecho administrativo se aleja de su paradigma, centrado en el equilibrio entre potestades y garantías.

BIBLIOGRAFÍA: CORMENIN, *Cuestiones de Derecho administrativo*, 1818. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Una crónica de la legislación y la ciencia jurídica en la España contemporánea*, Cívitas, Madrid, 2003. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Formación y enseñanza del Derecho público en España (17692000). Un ensayo crítico*, Marcial Pons, Madrid, 2002. GOODNOW, Francisco, *Derecho administrativo comparado*, Madrid 1922. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, RAE, Madrid, 1996. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo *La Administración española*, Alianza, Madrid, 1981. LE BRAS, "Les origines canoniques du droit administratif", *L´evolution du Droit publique*, Sirey, 1956. MEDINA ALCOZ, Luis, *Historia del Derecho administrativo español*, Marcial Pons, 2022. ROBSON, Willian, *Justice and administrative Law*, 1928.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO, INTERÉS GENERAL Y GARANTÍAS INDIVIDUALES

La realización del interés general es la razón de ser de la Administración pública, luego su régimen habrá de orientarse cabalmente hacia ese propósito. Aunque a veces se presentan en forma desviada voluntades particulares como bien

público, la presentación ideal del Derecho administrativo raramente abdica de la intención favorable a la comunidad, so riesgo de rechazo social.

Así, la organización administrativa aspira a disponerse del modo más apropiado para alcanzar los objetivos de la sociedad. Cuando las estructuras no se corresponden con los fines, se frustran las expectativas generales. Ora por su multiplicación desmedida, ora por su insuficiencia de dimensiones, la defectuosa disposición de órganos y entes administrativos debe ser evitada.

Esto se consigue mediante convenientes normas de Derecho administrativo. La juridificación de la potestad organizativa obedece al afán de conseguir la efectividad sostenible del aparato de la Administración: Que su creación, modificación o supresión responda en todo caso a las necesidades reales de cada tiempo y lugar.

También la actuación de autoridades, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración debe sujetarse a preceptos alineados con la satisfacción del interés común. El riesgo de desviación de estos agentes ha de conjurarse mediante cautelas y normas, proscribiendo la pérdida de neutralidad (exigencias de abstención, incompatibilidades y controles).

La objetividad de la Administración ha de marcar una diferencia con la subjetividad y los sesgos cognitivos de las personas individuales. Frente a las preferencias, opiniones o percepciones de cada sujeto, la integración de pareceres múltiples, que tienen en cuenta toda la información, garantiza decisiones más coherentes con la realidad y las necesidades comúnmente apreciadas.

Así como actuar subjetivamente es incorporar los propios prejuicios o condicionantes personales en las decisiones, la objetividad requiere incorporar el mayor número de datos y ponderar todos los intereses en juego a la hora de decidir. Para saber cuál es el interés general en cada caso, se arbitran técnicas racionalizadoras de las decisiones: limitaciones legales para evitar enfoques de corto plazo (exigencia de análisis de sostenibilidad); imposiciones de incorporación del criterio técnico (solicitudes necesarias de informes a profesionales cualificados); transparencia, en fin, como control difuso del proceder.

Si el interés general es un concepto jurídico indeterminado, determinable caso por caso con una única solución admisible, o si la Ley concede al gestor un mayor margen a la valoración de oportunidad, depende en gran medida del tipo de potestades ejercidas, sus efectos sobre las personas y la consiguiente reconducción de aquellas decisiones por sus normas reguladoras.

Pueden diferenciarse así, fácilmente, las implicaciones para el interés público de los actos administrativos que se limitan a aplicar la Ley, según el método de la subsunción (por ejemplo, la imposición de una sanción administrativa), de aque-

llos otros en los cuales la Administración programa y prioriza la asignación de recursos para el futuro (en el ámbito urbanístico o ambiental).

Incluso cuando se aprecia el interés general en esa perspectiva abierta de futuro o prioridades, terrenos propios del criterio político legitimado por las urnas, pueden los tribunales anular la interpretación del bien público realizado por los órganos administrativos. Hasta ese punto alcanza el control de la Administración en un Estado de Derecho, sin llegar a sustituir el criterio político por el judicial.

Rodeada de suficientes prevenciones, la realización del fin común puede y debe ser reforzada por eficaces categorías administrativas. Los títulos habilitantes y las prerrogativas sirven para ello, atribuyendo al poder administrativo motivos y herramientas suficientes para hacer prevalecer las aspiraciones sociales sobre los intereses egoístas de sus individuos.

Siempre, claro está, sin lesionar derechos fundamentales y respetando las legítimas expectativas. El elemento democrático característico del Derecho administrativo moderno no obsta su componente liberal, protector de cada persona como titular de un estatuto constitucionalmente reconocido. El equilibro entre privilegios y garantías es crucial para la correcta comprensión de esta disciplina.

BIBLIOGRAFÍA: MINICCELLI, Alessandra, *Principios generales y políticas públicas: herramientas del Derecho administrativo para optimizar la satisfacción de necesidades y universalizar los derechos humanos en un Estado eficaz,* La Ley, Buenos Aires, 2013. MORELL OCAÑA, Luis, "La objetividad de la Administración pública y otros componentes de la ética de la institución", *Revista Española de Derecho administrativo*, núm.111, 2001. NIETO GARCÍA, Alejandro, "La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales", en *Estudios sobre la Constitución española*, Civitas, 1991, RIVERO YSERN, Enrique/RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Con miras al interés general*, Derecho público global, 2012. RIVERO, Jean, *Páginas de Derecho administrativo*, Bogotá, 2002. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Interés general, Derecho administrativo y Estado del Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012.

4. FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS RESTANTES PODERES DEL ESTADO

En la definición del Derecho administrativo, se han intentado concretar la esencia del poder ejecutivo y las tareas propias de la Administración, más allá de la realización de la Ley y la protección del interés general, objetivos no ajenos por cierto a los poderes legislativos y judicial.

Dada esta insatisfactoria definición primera de la función ejecutiva, a lo largo del tiempo se han ido presentando otras propuestas alternativas de explicación y

énfasis de la actividad de la Administración, ora apuntando hacia las potestades típicas, ora subrayando su papel prestacional proyectado sobre los servicios públicos.

Tras el apogeo de la llamada Escuela del servicio público (Duguit, Jeze), y con las sucesivas crisis del Estado de Bienestar, otras responsabilidades asignadas a la Administración –así, por ejemplo, la regulación de sectores estratégicos– pasaron a copar el papel antes asignado a las prestaciones, aunque las manifestaciones clásicas del actuar administrativo siguen plenamente vigentes.

Siendo así, no cabe más que el reconocimiento de la variabilidad de esta función. Lo que la Administración hace depende sobremanera de las estrategias de adaptación del Estado a las circunstancias cambiantes y las demandas de la sociedad. Pretender la extinción de cometidos recurrentes resulta ilusorio; la historia nos ha dado lecciones sobradas de reaparición de fenómenos considerados obsoletos (nacionalizaciones, planificaciones, etc).

El poder administrativo hará en cada momento lo que las circunstancias demanden, aunque hay que reconocer que persisten en todo caso labores típicamente propias de la burocracia, entendida ésta como conjunto de estructuras, medios personales y materiales organizados con sujeción al principio de legalidad, jerarquizados e integrados en el poder ejecutivo. La administración de los recursos públicos se da en ella de forma cuantitativamente global.

Los poderes legislativo y judicial también administran presupuestos, mantienen relaciones con proveedores de bienes y servicios, requieren contratar personal, aunque no en el volumen y con la incidencia propia de la Administración pública. Cuando lo hacen, se han de sujetar al Derecho administrativo por coherencia ordinamental, pues es el conjunto de reglas y principios más apropiado para regular tal tipo de actividad.

El poder judicial, además, sigue procedimientos similares a los de la Administración, y se sujeta a sus mismos controles jurisdiccionales cuando toma decisiones sobre los jueces, afectando su estatuto o carrera profesional: ascensos, concursos, movilidades, inspección de su desempeño o ejercicio de responsabilidades disciplinarias.

No existe, en suma, una única o exclusiva función administrativa, aunque las tareas propias de la Administración sean en general diferentes a las que realizan otros poderes. Ahora bien, cambian con el tiempo y no responden a un solo esquema, pues incluyen tanto puras ejecuciones de la Ley como decisiones discrecionales basadas en criterios de oportunidad política.

Cuando el legislativo o el judicial adquieren bienes y servicios, o seleccionan su personal, han de recurrir necesariamente al Derecho administrativo, pues este régimen garantiza la objetividad en la correcta gestión de los recursos públicos,

así como la igualdad de oportunidades de particulares y empresas a la hora de recibir encargos o trabajar para el Estado.

BIBLIOGRAFÍA: ESCRIBANO COLLADO, Pedro, "¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 37, 1983. MARTÍN REBOLLO, Luis, "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983. MERKL, Adolf, *Teoría General del Derecho administrativo,* Comares, Granada, 1999. SANCHEZ MORÓN, Miguel, "Notas sobre la función administrativa", en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/PEDRIERI, Alberto (Coords.), *La Constitución española de 1978*, Cívitas, 1981. TOLIVAR ALAS, *Leopoldo, Derecho administrativo y poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1996.

5. LA SUJECIÓN DEL GOBIERNO AL DERECHO ADMINISTRATIVO

La apreciación de elementos políticos en la gestión pública de los distintos niveles territoriales corresponde cabalmente a los gobiernos, dotados de la legitimidad resultante de los procesos electorales. Por ello su régimen se encuentra en parte constitucionalizado, aunque la mayoría de las normas que han de respetar son las propias del Derecho administrativo.

Por supuesto corresponde al Gobierno la función de dirección política, de la que emanan actos de tal naturaleza, tal y como han sido definidos por el Tribunal constitucional, pero esta circunstancia no obsta su posible revisión por la Jurisdicción contenciosa, así como la necesidad de que respeten aspectos claves del Estado de Derecho (garantía de los derechos fundamentales, responsabilidad de autoridades y funcionarios, etc).

El caso de la desclasificación de documentos declarados reservados, resuelto por la Jurisdicción contencioso administrativa, pone de manifiesto la fortaleza del Derecho frente a una presunta razón de Estado. Las decisiones políticas no pueden vulnerar impunemente derechos fundamentales, ni contrariar principios básicos de la civilidad.

Reconociendo la función política propia del Gobierno, su compromiso con la realización de programas electorales, ha de señalarse igualmente el carácter puramente administrativo de muchas de sus decisiones, que concretan el ejercicio de típicas potestades y se traducen en actos que deben respetar procedimientos, reglas y principios idénticos a los que han de presidir el actuar de la Administración.

Por ello, también se advierte que, aunque la Administración sea una institución subordinada al Gobierno, ha de actuar desde la predominante adscripción al principio de legalidad, esquivando con cierta "eficacia indiferente" (Garrido Falla)

o incluso "imparcialidad", entendida como sinónimo de la objetividad (Morell Ocaña), las directrices que contravengan lo establecido en las normas, especialmente en aquellos casos en los que la competencia profesional del funcionario le atribuya un criterio cualificado.

BIBLIOGRAFÍA: DE OTTO, Ignacio, "La posición constitucional del Gobierno", *Documentación administrativa*, núm.188, 1980. DIEZ SÁNCHEZ, Juan José, *Razones de Estado y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier, *El Gobierno en acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995. GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Cívitas, Madrid, 1981. MORELL OCAÑA, Luis, "Dirección de la Administración pública por el Gobierno y garantías de la imparcialidad administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm.156, 2001. PÉREZ FRANCESCH, Juan Luis, *El Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1993.

6. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PRIVADO

La naturaleza de la Administración como poder público desaconseja y complica su sujeción al Derecho privado. No es recomendable la aplicación de las mismas normas a personas privadas y administraciones, toda vez que aquellas pueden actuar libremente dentro de la ley, mientras la Administración ha de respetar una legalidad más estricta. Tampoco es verosímil su allanamiento cual mero particular.

Dicho esto, conviene recordar que para la construcción del Derecho administrativo como Ciencia jurídica fue necesario el recurso al troquel del Derecho privado. En el origen de las instituciones de esta disciplina se hallan las propias del Ordenamiento civil, expresivas de una teoría general, o de supraconceptos (Sebastián Martín-Retortillo) posteriormente reelaborados en su régimen jurídico público.

Así sucedió con los contratos administrativos o el dominio público, partiendo de la dogmática iusprivatista y distanciándose después de sus presupuestos más básicos. Frente a la igualdad de las partes en la contratación privada, prerrogativas de la Administración en la administrativa. Contra los rudimentos de la posesión y del tráfico jurídico del patrimonio privado, principios como la inalienabilidad en el público.

No siempre requiere la Administración, sin embargo, exorbitancias de Derecho público. A menudo le bastan las mismas herramientas jurídicas empleadas por los particulares para alcanzar sus fines. Cuando el legislador así lo considera, puede permitir con matices el recurso a formas mercantiles o contratos privados, desde la conciencia del carácter poderoso y vicarial de esta organización.

Bien temprano reconocieron los tribunales la posibilidad de un uso instrumental del Derecho privado por la Administración pública, como muy pronto se comprobaron los excesos y el abuso de sus instituciones por las autoridades y los funcionarios. En todo tiempo y lugar terminan poniéndose de manifiesto los riesgos de permitir, a quien maneja el dinero público, hacerlo como si fuera suyo.

Sí es aceptable la renuncia a las prerrogativas en determinadas relaciones, aunque a menudo se torna ficticia o aparente tal pretensión de igualdad, descubriéndose cuando surgen los problemas o conflictos el carácter ineluctable de la organización administrativa. Ilegítima es en cambio la elusión de controles o exigencias de buena administración, concediendo el mismo trato a gestión pública y privada.

Al margen pues de las formas, las exigencias de procedimiento y garantía se mantienen, ora por la vía francesa de los llamados "actos separables", ora mediante la teoría alemana del llamado "Derecho privado administrativo", o por la sencilla imposición normativa de cumplir con preceptos de Derecho público aun cuando otros elementos de la relación jurídica se sometan al civil o al mercantil (cuando la Administración lleva a cabo una operación de compraventa, por ejemplo).

BIBLIOGRAFÍA: CLAVERO ARÉVALO, Manuel, *Estudios de Derecho administrativo*, Cívitas, Madrid, 1992. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1995. MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

7. LA BUENA ADMINISTRACIÓN

La Administración pública ha de cuidar, al fin, los intereses de todos. A las autoridades y los funcionarios se nos puede exigir por tanto una diligencia similar a la planteada para quienes gestionan responsablemente asuntos ajenos: el buen padre (o la buena madre) de familia, o el tutor o curador del Derecho civil.

En su primera fórmula, el concepto de buena administración se identifica con este proceder, así como tantas instituciones administrativas se construyen a imagen y semejanza del Derecho privado. Las normas de contratos públicos, por ejemplo, permitían a la Administración concertar con los particulares los pactos y condiciones que tuviera por convenientes, siempre que no fueran contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración

Estas versiones originarias de la buena administración, en clave de eficiencia, evolucionan después en un sentido procedimental. El artículo 41 de la Carta

Europea de derechos fundamentales, aprobada en el año 2000, sitúa bajo este principio el derecho a la audiencia en los procedimientos, al acceso al expediente administrativo y a la motivación de los actos; también el derecho a la reparación por los perjuicios que el actuar del poder le ocasione.

A estos elementos se suman después otros reflejados en el Código Europeo de buena conducta administrativa, de 2005: la ausencia de discriminación e igualdad de trato; la proporcionalidad; la prevención del abuso de poder; la imparcialidad e independencia; la objetividad; la protección de las legítimas expectativas, la consistencia y asesoramiento; la justicia; cortesía...

Por supuesto, también se reiteran los elementos básicos de la buena administración: derecho a ser oído, a recibir una respuesta en un plazo razonable, a la motivación de las decisiones, al acceso a la información. En este sentido, es detallada la Recomendación del Consejo de Europa sobre buena administración, de 2007.

Estamos ante un concepto del Derecho administrativo que aproxima tradiciones y modula ordenamientos. Aúna la tradición anglosajona de la *sound administration* con la visión más garantista del procedimiento. Y hoy, necesariamente, también debe incluir un enfoque tecnológico mediante la utilización de la inteligencia artificial para evitar la mala administración (identificada con los riesgos de corrupción).

BIBLIOGRAFÍA: ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen/GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (Coords.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, 2011. PONCE SOLÉ, Juli, *El principio de buena administración: discrecionalidad y procedimiento administrativo*, Universidad de Barcelona, 2001. "La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y el derecho a una buena administración", *Revista Internacional de Transparencia de Integridad*, núm. 6, 2018. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Gestión pública inteligente, innovación e información: oportunidades y riesgos del Big Data administrativo", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 86, 2017. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, "La buena administración como principio jurídico y como derecho fundamental en Europa", *Misión Jurídica*, núm.3, 2013. TOMÁS MALLÉN, Beatriz, *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, 2004.

8. LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

A finales del siglo XX y principios del siglo XXI se multiplicaron exponencialmente los intercambios comerciales y culturales entre países muy distantes geográficamente. Aunque las relaciones económicas existían desde antiguo, la transformación de nuestros conceptos de tiempo y espacio por mor de las tecnologías facilitó su crecimiento, en términos nunca antes vistos.

Entre las muchas consecuencias de la mayor interdependencia de áreas extremas se pueden señalar riesgos sistémicos de grado mayúsculo: crisis financieras internacionales, pandemias o expansión de conflictos antes localizados en puntos concretos de la tierra (efecto de la guerra de Ucrania). Es más que un lugar común afirmar que lo que ocurre a miles de kilómetros de distancia puede afectar a nuestras vidas.

Tales circunstancias imponen respuestas acordadas y coordinadas a nivel global. Las organizaciones internacionales adquieren mayor protagonismo en este contexto, pues los gobiernos nacionales carecen de la capacidad necesaria para adoptar medidas eficaces aisladamente. Los mayores desafíos de la humanidad dejan inermes al Estado nación tradicional, al trascender sus fronteras.

El Derecho internacional, antes centrado en las relaciones entre agentes soberanos, deviene un Ordenamiento común con múltiples proyecciones internas: tratados de prevención del cambio climático, condicionantes de las intervenciones ambientales; acuerdos sobre la protección de la infancia o la igualdad de género, orientadores de las políticas sociales; o regulaciones internacionales de la banca.

Si las prácticas agrarias o las prohibiciones de seguridad de otros países pueden incidir directamente en nuestras vidas, pues comemos sus productos y coexistimos con personas de todo el mundo, esas regulaciones no deberían dictarse sólo desde las preferencias o intereses propios de las autoridades locales. Es preciso llegar a compromisos conjuntos, traducidos en un Derecho común.

De ahí que los gobiernos dispongan de un margen efectivamente cada vez menor a la hora de decidir. Esto es claro en las políticas económicas en Europa, pero también sobre el diseño de las instituciones administrativas más básicas, desde el procedimiento a los controles anticorrupción. Encontramos cada vez más normas supranacionales y globales que condicionan las leyes estatales.

Muestras evidentes de la globalización del Derecho administrativo son las normas internacionales con proyección sobre este Ordenamiento: acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, tratados bilaterales de protección de inversiones, los acuerdos de prevención de la corrupción o los códigos modelos, así como la Carta Iberoamericana de los Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

También los códigos UNCITRAL, como la Ley modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de 2011, cuyas finalidades confesas son lograr el uso óptimo de los recursos y evitar abusos en los procesos de adjudicación. Este texto, que sustituye a otro anterior de 1994, es acompañado por una guía para su incorporación al Derecho interno y unas directrices para la promulgación de un reglamento interno de contratación pública.

La misma CNUDMI pone a disposición de los gobiernos una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (2000) y disposiciones legales modelo sobre los proyectos de infraestructuras con financiación privada (2003). También se ofrecen desde este organismo dependiente de Naciones Unidas leyes modelos y un reglamento sobre la transparencia de los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un Tratado que entró en vigor en abril de 2014.

Son todos ellos textos que dan respuesta a la realidad compleja de los convenios bilaterales en materia de protección de inversiones, normas usadas para exceptuar la aplicación de los Derechos administrativos nacionales a proyectos de envergadura realizados por empresas multinacionales, compañías que prefieren tales marcos porque no terminan de fiarse de los gobiernos y su variabilidad democrática.

El arbitraje internacional en materia de inversiones, realizado en el marco del CIADE, del Banco Mundial u otras instituciones, expresa gravemente negativas implicaciones de la globalización sobre las instituciones administrativas. Esta renuncia de soberanía conlleva la sustracción del control de las decisiones de los gobiernos y los tribunales nacionales.

BIBLIOGRAFÍA: ALLI, Juan Cruz, *Derecho administrativo y Globalización*, Cívitas, Madrid, 2004. AMAN, Alfred, "Globalization, Democracy and the Need for a New Administrative Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2003. BALLBÉ, Manuel, "El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización", *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007. CASSESE, Sabino, *Derecho administrativo: historia y futuro*, INAP, Madrid, 2014. DARNACULLETA, Mercé, "El Derecho administrativo global: ¿Un nuevo concepto clave del Derecho administrativo?", *Revista de Administración Pública*, 2016. IGLESIAS SEVILLANO, Héctor, Derecho administrativo global. Una teoría normativa, Aranzadi, 2020. LADEUR, Karl- Heinz, "The Emergence of Global Administrative Law and Transnational Regulation", *New York University School of Law*, 2012. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "¿Existe un arquetipo universal del Derecho administrativo? El ejemplo de Japón", *Revista de Administración Pública*, 219, 2022.

9. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

La europeización del Derecho administrativo es uno de los rasgos principales de la evolución española y de todos los países que participan en el proceso de integración. Sus tradiciones nacionales influyen en las instituciones comunitarias y estas, a su vez, realimentan las evoluciones de aspectos clave como el control judicial, el procedimiento o los contratos.

Por supuesto, en un primer momento fueron las regulaciones económicas las más afectadas por el acervo de directivas y reglamentos. También la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se empleó a fondo para lograr la eliminación de las barreras a la libertad de circulación de personas, mercancías y capitales, conforme al proyecto de Schumann y Monnet de integración supranacional progresiva, comenzando por los mercados.

Las directivas de contratación pública han determinado transformaciones considerables en el Derecho administrativo alemán o francés, cambiando el régimen de sus encargos públicos. También para el Derecho español han supuesto exigencias alteradoras de prácticas viciosas como el abuso de los modificados, u otras distorsiones de la competencia en las adjudicaciones.

El procedimiento administrativo parece ser la siguiente institución prioritaria para el Parlamento Europeo, que ha aprobado varios documentos tendentes a la aprobación de un Código orientador del actuar administrativo de las instituciones ejecutivas. Esta norma debería servir para lograr la agilización y simplificación de las decisiones, garantizando al mismo tiempo la contradicción, la transparencia, la motivación y la responsabilidad, elementos claves de la buena administración como ya hemos visto.

BIBLIOGRAFÍA: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Estado, Administración y Derecho administrativo en Europa", en *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, *El Derecho administrativo europeo*, Sevilla, 2001. FUERTES LÓPEZ, Mercedes, *Un procedimiento administrativo para Europa*, Aranzadi, 2010. RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas*, Cívitas, Madrid, 2013. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "El procedimiento administrativo europeo y la nueva legislación español", en *Derecho administrativo e integración europea*, Reus, 2017. SORIANO GARCÍA José Eugenio (Dir.), *Procedimiento administrativo europeo*, Madrid, 2012.

10. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA CONSTITUCIÓN

Es un lugar común definir el Derecho administrativo como "Derecho constitucional concretizado" (Werner), expresión que indica las estrechas conexiones existentes entre los preceptos constitucionales y las normas administrativas. O, de modo más realista, las sintonías que deberían presentarse (aunque no siempre se producen) entre las exigencias de la Constitución y las leyes que rigen el comportamiento de la Administración.

Cuando Mayer, uno de los fundadores del Derecho administrativo, afirmaba en el siglo XIX "El Derecho constitucional pasa, el Derecho administrativo per-

manece", intentaba mostrar el carácter efímero de las constituciones frente a unas normas administrativas permanentes, resistentes a las mutaciones políticas y a sus proyecciones sobre la Constitución. Una circunstancia sin duda constante en aquel tiempo, y aun hoy visible, aunque censurable.

El Derecho administrativo español de finales del siglo XX ofrecía una buena muestra de la perspicacia del análisis de Mayer. Las grandes leyes de los cincuenta, promulgadas en plena Dictadura, se mantuvieron vigentes hasta los años noventa, alguna de ellas (v.gr, la Ley de Expropiación Forzosa) hasta hoy. Siendo textos fundamentales en materia de garantías, la Ley de Procedimiento o la de la Jurisdicción Contenciosa no fueron derogadas y sustituidas hasta la década de los noventa.

No cabe duda de la calidad técnica de estas leyes, producto de una espléndida generación de administrativistas sinceramente preocupados por la tutela del ciudadano frente a la Administración (Ballbé, García de Enterría, González Pérez). Pero de ahí a decir que se ajustaban escrupulosamente a las exigencias constitucionales medio siglo más tarde, en Democracia y con reconocimiento explícito de los derechos fundamentales, va una distancia importante.

Lo cierto es que el desafío de adaptar las principales instituciones administrativas a los preceptos de la Constitución ha empeñado los esfuerzos de nuestra doctrina, y a día de hoy puede considerase una tarea casi culminada, aunque la propia evolución constitucional, por influencias internas y supranacionales, la hace inacabable. Arrastramos aún resabios de otras épocas difícilmente compatibles con el marco democrático (por ejemplo, nuestro tardío régimen de transparencia administrativa).

Dificulta esta empresa la diferenciación disciplinar de Derecho constitucional y Derecho administrativo. La línea artificial que separa uno y otro ámbito restringe visiones integrales de los problemas jurídico públicos, construyendo de arriba hacia abajo, y de abajo hacia arriba, las principales instituciones administrativas. Porque todas ellas tienen un soporte y presupuestos constitucionales: la organización, el procedimiento, la función pública, la responsabilidad o el control judicial de la Administración.

Así mismo, el Derecho administrativo condiciona la evolución constitucional. Las necesidades reales de la gestión pública terminan repercutiendo sobre la interpretación y evolución constitucionales, pues no resulta en modo alguno factible un marco jurídico político ajeno a las circunstancias pragmáticas de funcionamiento de la Administración, que percibe mucho más de cerca las demandas de los agentes económicos y sociales.

El dialogo de dos juristas franceses en torno a las relaciones entre Derecho constitucional y Derecho administrativo, sostenido entre Vedel y Einsemann, es

elocuente en este sentido. Si éste debe buscar para su desarrollo las necesarias bases constitucionales, lo cierto es que también se produce una administrativización del Derecho constitucional, pues las principales cuestiones administrativas terminan mostrando inequívocamente tal naturaleza.

La Administración pública ha de construirse conforme al arquetipo del Estado Constitucional, como veremos en el Tema siguiente, pues haciéndolo realizará sus principios y permitirá desarrollos posteriores para adaptarlos a las exigencias de los ciudadanos. Las personas acostumbradas a relacionarse con modelos administrativos democráticos, sociales y de Derecho contribuyen con sus solicitudes a la mejora de los mismos, evitando desviaciones.

BIBLIOGRAFÍA: EINSENMANN, Charles, "La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif", *Revue de Droit Public*, 1972. MAYER, Otto, *Le Droit administratif Alemand*, 1904. , VEDEL, Georges, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *Études et documentes du Con seil d; État*, 1954. WERNER, Fritz, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", *Deutsches Verwaltungsblatts,* 1959.

Tema II

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUMARIO: 1. ¿Qué es administrar? 2. La personificación jurídica de las entidades administrativas. 3. El arquetipo de Administración pública. 4. Administración pública y Estado de Derecho. 5. Administración pública y Estado Democrático 6. Administración pública y Estado Social. 7. Administración pública y Estado descentralizado. 8. Administración pública y globalización. 9. La reforma de la Administración. 10. Administración electrónica e inteligencia artificial.

1. ¿QUÉ ES ADMINISTRAR?

La palabra administrar evoca servicio y orientación gerencial. Tanto en su vertiente privada como en la pública, se asocia a la realización de tareas que comportan planificación, organización e intento de realización de resultados que se consideran beneficiosos para los destinatarios de la actividad.

En la historia de la dogmática jurídica, el acto de administración se asocia a la titularidad escindida sobre un derecho patrimonial (Villar Palasí), esto es, quien administra no tiene la misma posición que quien ostenta la condición de titular originario, circunstancia que comporta por un lado extensiones y, por otro, limitaciones de sus capacidades. Administrar y disponer serían así acciones diferenciables: dispone el propietario; administra quien no lo hace para sí, sino para otros.

En definitiva, aunque por supuesto también existen acepciones de una administración puramente privada, las manifestaciones que más interesan al Ordenamiento son las de tipo vicarial o fiduciario, pues en éstas es preciso establecer reglas de protección y alinear los intereses de principales y agentes, tal y como son definidos por la teoría económica (problema de agencia). La regulación del actuar administrativo obedece en gran medida a esta necesidad, derivada de la información asimétrica y el riesgo de los conflictos de intereses.

Por oposición a la de naturaleza privada, lo característico de la Administración pública es la satisfacción de los intereses generales, tal y como nuestra Constitución indica, siendo su misión institucional, la que ha de realizar conforme a una serie de principios. Desde sus formulaciones por Bonnin (1808) hasta hoy, han evolucionado estos principios para orientar la administración al bienestar del mayor número de personas.

Así definía la Administración el *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* de Escriche: "la parte de la autoridad pública que cuida de las personas

y bienes en sus relaciones con el estado, haciéndolos concurrir al bien común y ejecutando las leyes de interés general".

BIBLIOGRAFÍA: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de ciencia de la administración*, Tecnos, Madrid, 1994. BONNIN, Charles-Jean Baptiste, *Principios de Administración pública*, 1808. ESCRICHE, Joaquín *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 1874-1876. OLIVAN, Alejandro, *De la administración pública con relación a España,* 1834. VON STEIN, Lorenz, *Verwaltungslehere*, 1865-1884.

2. LA PERSONIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS

Así como la teoría clásica del Derecho público diseñó la personalidad jurídica del Estado, o ideó el fisco como centro de imputación de derechos y obligaciones de contenido patrimonial, la dogmática del Derecho administrativo ha señalado en la atribución de personalidad a la Administración pública la clave de su capacidad, así como del reconocimiento de consecuencias imprescindibles para su caracterización jurídica.

El antecedente de la asignación de personalidad a los municipios pone de manifiesto su profundo sentido utilitario. Aun vinculados al aparato estatal, los entes locales podrían por su condición personificada realizar toda una serie de fines administrativos de manera mucho más eficaz, con auténtica autonomía de gestión.

Definiendo cada entidad administrativa como persona jurídica, se despliegan sus posibilidades relacionales y de intervención en todo tipo de negocios. También se permite desplegar, por paralelismo con el Derecho privado, las principales instituciones del Derecho administrativo: los actos, contratos, los bienes, la responsabilidad, o el control judicial.

La capacidad procesal de la Administración, su actuación como parte contratante o la titularidad de bienes se resuelven mediante esta ficción trascendente, aunque puramente técnica, desactivándose además los riesgos antidemocráticos y totalitarios de una comprensión transustanciada del Estado como ente ajeno a la verdadera soberanía popular.

BIBLIOGRAFÍA: CLAVERO ARÉVALO, Manuel, "Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas", *Documentación Administrativa*, núm.58, 1985. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, 1992. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "El concepto de personalidad jurídica en Derecho público", *Revista de Administración Pública*, núm.129, 1992. MARTÍN MATEO, Ramón, *El municipio y el Estado en el*

Derecho alemán, 1965. MAYER, Otto, "La persona jurídica y su utilización en el Derecho público", *Festgabe Laband*, 1908.

3. EL ARQUETIPO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Definir la Administración pública resulta complicado por los múltiples y diversos criterios de selección de su objeto. Así, dogmáticamente se confrontan enfoques subjetivos (que enfatizan su carácter de persona jurídica, con la consiguiente concepción estatutaria del Derecho administrativo) con otros objetivos (consideran más relevante la actividad en pro del bien común o interés general), teleológicos (centrados en los fines) o funcionales.

Atendiendo a una perspectiva realista o material, la organización administrativa se caracteriza por integrar un conjunto de personas, recursos y métodos de actuación, formales e informales. Presenta su propia fenomenología, estudiada por la llamada Ciencia de la Administración, cuyas conexiones con el Derecho administrativo son evidentes. Una y otra son disciplinas hermanas y recíprocamente dependientes.

Jurídicamente, su naturaleza de poder público (ostenta prerrogativas) es la nota más relevante, junto al cometido constitucional de servicio objetivo a los intereses generales. Pero, más allá de esas notas distintivas, es difícil optar por un concepto u otro, pues la complejidad del sistema administrativo ha crecido exponencialmente a lo largo de los dos últimos siglos, más en los países desarrollados.

Por ello, resulta mucho más didáctico describir la Administración que definirla (Forsthoff), señalando con el dedo los lugares donde se encuentra, su proximidad a nuestras vidas y cada uno de los espacios públicos en los que se desarrollan sus funciones. Desde la acera que pisamos, la carretera provincial, las vías regionales o las autopistas estatales, todos los caminos que tomamos tiene su marca administrativa.

La Administración está en los municipios, en los hospitales, escuelas y universidades. Son estructuras administrativas las delegaciones regionales, los ministerios, los cuarteles, las estaciones de tren y de autobús. Función administrativa es ordenar el tráfico, expedir títulos académicos y prevenir las epizootias. ¿Acaso hay algún aspecto de nuestras rutinas ajeno a la Administración?

Está por doquier, nos acompaña de la cuna a la tumba debido a la multiplicación de las relaciones entre los seres humanos, interdependencia social que requiere una respuesta de protección de los intereses generales. Las plantas de neonatos, las guarderías, todas las etapas y ciclos educativos, nuestra alimentación y muchas de nuestras profesiones se encuentran reguladas y controladas por ella.

Tal expansión del actuar administrativa requiere indudablemente sujetarlo a una serie de condicionantes para evitar su conversión en tiranía. En el Estado Constitucional, la Administración pública ha de respetar los presupuestos de respeto al Derecho, la Democracia y la orientación social, pues de otra manera se convertiría en instrumento de dominación de unos pocos frente a la mayoría.

Como veremos a continuación, la Administración pública ha de actuar considerando normas y principios, con mayor escrúpulo aún que los particulares. Así mismo, necesita una legitimación democrática, de origen y de ejercicio, que haga aceptables sus decisiones. Y no puede descuidar la garantía de unas condiciones mínimas vitales a todas las personas en su territorio, para evitar la pobreza o la inequidad.

Existen muchos modelos administrativos en el mundo, por supuesto, pero la mayoría de las sociedades avanzadas, como las que aspiran a serlo, optan por un prototipo de Administración pública conforme a estos parámetros. Aquellos países que se desvían de los mismos sufren rápidamente las consecuencias, traducidas en el empeoramiento de la calidad de vida de las personas que en ellos habitan.

BIBLIOGRAFÍA: BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000. FORSTHOFF, Ernst, T*ratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1958. GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2000. INAP, *Administración pública 2032*, Madrid, 2013. MARTÍN REBOLLO, Luis, "La Administración pública en la Constitución", 1992. MAYNTZ, Renate, *Sociología de la Administración pública*, Alianza, Madrid, 1985. SIMON, Herbert, *Administrative Behaviour*, 1947.

4. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ESTADO DE DERECHO

¿Qué es el Estado de Derecho? Conviene plantearse esta pregunta a la vista de la polisemia del concepto, que no ha dejado de acentuarse en los últimos años. Existen en el lenguaje significados alternativos a los originalmente aportados por los iuspublicistas europeos de principios del siglo XIX, quienes intentaron sujetar el poder a la razón y al respeto de las personas como seres libres.

Es preciso recordar el origen del Estado de Derecho y su vinculación con las aspiraciones de la Ilustración, así como las coincidencias con muchos de los propósitos y consecuencias del *rule of law* anglosajón. Ambos conceptos suponen la sujeción del gobierno a Derecho, centrándose en las intervenciones policiales y fiscales del Estado, con sus repercusiones administrativas.

La Administración, en el Estado de Derecho, habría de ser por tanto limitada en su propia naturaleza, embridada por normas dirigidas a prevenir los abusos

y los excesos dañinos para las libertades. En ningún caso omnipotente ni plenamente capaz, sino acotada en su ámbito de actuación posible y siempre sujeta a la exigencia de rendir cuentas y asumir responsabilidades por sus actos.

El Estado de Derecho es una construcción europea, surgida en Alemania y Francia. En el mundo anglosajón (Estados Unidos, Gran Bretaña) se emplea la expresión *rule of law* para explicar principios semejantes: la reconducción del poder a las normas, el respeto de las mismas, la tutela judicial y la protección frente a los abusos de los que pueden ser víctimas los individuos en su integridad, libertad o propiedad.

Esta sería una comprensión sustantiva, pero la teoría jurídica ofrece varias interpretaciones del Estado de Derecho, enfrentándose su comprensión puramente formal, al margen de que su contenido respete o no los derechos humanos, y un entendimiento material, que incluye las libertades y derechos fundamentales. Según esta última, todo el diseño administrativo debe respetar la dignidad de la persona.

Siendo esto así, no entrarían dentro de la categoría países que aceptan la tortura o cometen impunemente crímenes de guerra, por mucho que respeten sus propias leyes, desnaturalizadas y contrarias al universal humano de libertad y reconocimiento de los otros. La Administración pública de las dictaduras y tiranías se aleja del arquetipo aquí propugnado, pues no nos vale como buena cualquier solución.

Las principales instituciones internacionales se identifican con esta idea en cualquiera de sus fórmulas, ora el *rule of law,* ora el Estado de Derecho (*Rechtstaat, Etat de Droit*). Esta circunstancia refleja el acuerdo cada vez mayor sobre los ingredientes del presupuesto constitucional: seguridad jurídica, control del poder, protección de los derechos y exigencia de responsabilidades.

Tanto el control judicial de la actividad como sus responsabilidades de carácter personal o patrimonial son imprescindibles en este arquetipo de Administración pública. Una Administración que no rindiera cuentas a los jueces, conforme al esquema de frenos y contrapesos de la división de poderes, devendría soberbia y arbitraria, como muestra la experiencia histórica.

De ahí la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de la Administración, requisito que comporta toda una serie de consecuencias de reconducción del actuar administrativo a exigencias procedimentales y sustantivas: procedimiento, motivación de los actos, transparencia o respeto del principio de proporcionalidad. Una Administración pública reflexiva y comedida.

Elemento clave del Estado de Derecho es sin duda la seguridad jurídica. En su definición más simple –saber a qué atenerse– exige que las personas tengan la

oportunidad de conocer lo permitido y lo prohibido, así como las posibles consecuencias jurídicas de sus comportamientos, cuando vulneran las normas y cuando no lo hacen. Antes de que se produzcan tales tesituras.

En el Derecho público, también por tanto en el Derecho administrativo, la seguridad jurídica se traduce en la idea de previsibilidad de las intervenciones del poder. Lo que el poder pueda o no hacer tiene que estar previsto en las leyes, de manera que las personas tengan la oportunidad de anticipar las decisiones de los gobernantes, conociendo de antemano los límites, reaccionando judicialmente y exigiendo responsabilidades si se vulneran.

En aquellos países en los que las personas no pueden pronosticar mínimamente el proceder de la Administración, allí donde reina la incertidumbre, no hay incentivos para el esfuerzo. En cualquier momento los derechos de propiedad o las libertades pueden verse afectados sin reacción posible. De ahí la importancia del Estado de Derecho y su vinculación con el progreso económico y social.

Muchos de los componentes esenciales del Estado de Derecho son instituciones de Derecho administrativo. La división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos depende del alcance del control judicial del ejecutivo. La responsabilidad de los poderes públicos requiere un régimen de rendición de cuentas (también mediante el Código Penal). Y la seguridad jurídica no existe donde las autoridades campan a sus anchas.

BIBLIOGRAFÍA: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, *El Estado de Derecho en España*, Ginebra, 1968. DE ASIS, Agustín, *Una aproximación a los modelos teóricos de Estado de Derecho*, Madrid, 1999. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*. Cívitas, Madrid, 1969. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, 2009. MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo, *El Estado de Derecho en la Unión Europea*, 2021. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Estado de Derecho, derechos humanos y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Marcial Pons, 2003.

5. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ESTADO DEMOCRÁTICO

La Democracia no es hoy tan controvertida en su significado gracias a un claro consenso internacional en cuanto a los elementos básicos que debe reunir: la idea de gobierno representativo y la participación de los ciudadanos en lo público. La legitimidad democrática surge de los procesos electorales, pero tras las elecciones, los programas se han de aplicar atendiendo a los intereses de las personas afectadas.

No se agotan los elementos democráticos en las elecciones libres y transparentes; hay otras condiciones muy necesarias para garantizar la calidad de una De-

mocracia: libertades públicas (prensa, reunión, asociación, manifestación), frenos y contrapesos (poder judicial independiente) y rendición de cuentas de los políticos (control de sus decisiones y exigencia de responsabilidades por las mismas).

El componente participativo de la Democracia tampoco debe ser desatendido, mucho menos cuando analizamos las proyecciones sobre la organización y la actividad de la Administración de este principio democrático, desigualmente reconocido en el Derecho constitucional comparado, pero cada vez más incorporado a los indicadores de ejemplaridad de todo sistema político.

Aceptar el carácter democrático de un Estado tiene consecuencias sobre la organización y actividad de las Administraciones públicas. La elección de los representantes de los ciudadanos en los distintos niveles dota su dirección de una legitimidad mayor, trasladando las propuestas de los programas políticos a las principales líneas de actuación, gracias a los medios personales y materiales que ofrece el aparato administrativo.

La dirección por parte del Gobierno de la Administración pública incluye márgenes de discrecionalidad y un ejercicio de la potestad organizatoria coincidente con los fines prioritarios, conforme al criterio de oportunidad. Cuanto más próximo a los votantes se encuentra el poder, mayor es su influjo democrático en esta dirección política de la Administración, de forma más intensa en el nivel local.

Ahora bien, ya hemos dicho que la participación democrática de los ciudadanos no se agota en los mecanismos representativos y su pronunciamiento en los relevantes momentos electorales. Incluye también, necesariamente, fórmulas orgánicas de integración en los procesos de toma de decisión administrativa, en particular de aquellas que más directamente puedan afectarles.

Por ello se regulan órganos colegiados de carácter participativo en ámbitos como la educación pública, el diseño de las políticas ambientales o la fijación de las prioridades de gasto. Tal incorporación de los usuarios y destinatarios de servicios públicos y políticas a las estructuras administrativas corrige los sesgos predominantemente burocráticos y evita la captura de la Administración por otros intereses puntuales.

En lo que se refiere a la actividad de la Administración pública, el principio democrático también incorpora demandas de participación de los ciudadanos en los procedimientos administrativos. En la Universidad resulta especialmente claro en muchos países, pero también en otros ámbitos, como el municipal, donde existen tales cauces, últimamente actualizados a través de las herramientas de Gobierno abierto.

Estas técnicas permiten aprovechar los desarrollos de Internet 3.0, esto es, la interactividad que facilitaría saltos de la sociedad de la información a la del conocimiento. La participación ciudadana tradicional es plana, en el sentido de no

propiciar debates en tiempo real ni necesariamente respuestas a su vez contestables, en debates continuados con intervención de distintos sujetos.

BIBLIOGRAFÍA: CRIADO, Ignacio, *Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en la modernización de las Administraciones Públicas,* INAP, 2009. RIVERO ORTEGA, Ricardo/ SÁNCHEZ SÁNCHEZ Zulima, "Participación ciudadana e información pública", en MUÑOZ MACHADO, Santiago, Dir, *Tratado de Derecho municipal*, Iustel, Madrid, 2012. SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, "La participación como coadyuvante del Estado Social y Democrático de Derecho", *Revista de Administración Pública*, 119, 1989. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, CEC, Madrid, 1980. VILLORIA MENDIETA, Ignacio, *La modernización de la Administración pública como instrumento al servicio de la Democracia*, BOE, 1996.

6. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ESTADO SOCIAL

El Estado Social surgió en la Europa del Siglo XIX, algo más tarde que la idea del Estado de Derecho, como reacción y alternativa a las revoluciones socialistas. La paz y tranquilidad de un país dependen en gran medida del mantenimiento de unos niveles aceptables de equidad, esto es, de la corrección de los desequilibrios excesivos entre quienes más tienen y aquellos que podrían verse sin nada que perder.

La teoría económica nos ofrece una herramienta para medir la desigualdad en las sociedades, el coeficiente de *Gini*, cuyas variaciones muestran diferencias temporales y territoriales, en ocasiones preocupantes. Cuando la disparidad es extrema, la inequidad se proyecta incluso sobre la talla media de los individuos por clases sociales. Más altos los más ricos, más bajos los pobres.

Para evitar datos tan indeseables, la Administración pública debe promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y los grupos en los que se integran (especialmente los más desfavorecidos) sean reales y efectivas. La igualdad no puede suponer el tratamiento idéntico de todas las personas, pues tal trato perjudicaría a los más vulnerables.

Así, las personas en riesgo de exclusión social, los enfermos, ancianos, discapacitados o inmigrantes en situación de precariedad merecen la atención de órganos administrativos conscientes de las peculiaridades de estos grupos. En lugar de exigírseles su adaptación a la burocracia, ha de ser ésta la que se flexibilice para poder dar respuesta a problemas concretos y acuciantes.

No debería tampoco plantearse una sujeción a la legalidad extrema de las intervenciones administrativas de carácter prestacional, así que los servicios so-

ciales necesitan márgenes de tratamiento de la excepción más generosos que otros aparatos administrativos. Cuando la Administración realiza derechos, en lugar de limitarlos, sus reglas han de ser más laxas, evitando claro está arbitrariedades y excesos.

Ya hemos dicho que el principio de igualdad es un elemento central del Estado Social, cuya interpretación correcta comporta aceptar el tratamiento desigual de los desiguales, favoreciendo en particular las oportunidades de quienes tienen que hacer esfuerzos extraordinarios para integrarse en sociedad, por sus circunstancias. Esto afecta tanto a la actuación administrativa inmediata como a la mediata.

Por ello, en la selección de personal y la adjudicación de sus contratos, la Administración debe incorporar "cláusulas sociales". El poder de compra del Estado debe orientarse en el sentido de propiciar la responsabilidad social de las empresas, animando a terminar con la discriminación por razón de género, a contratar e integrar discapacitados o proteger el medio ambiente.

También a la hora de seleccionar empleados públicos debe la Administración pública dar buen ejemplo y demostrar su compromiso con los derechos sociales, reservando cuotas perfectamente constitucionales para aquellos colectivos cuyas necesidades lo aconsejen, propiciando así un fiel reflejo de sociedades compuestas por individuos de todo tipo, reconociendo la diversidad.

Más allá de estas interesantes proyecciones jurídicas de la cláusula social, el poder administrativo debe conforme a este arquetipo asumir la prestación de los servicios públicos más básicos para la vida en comunidad, garantizando la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos. Así, la educación, la sanidad o la ayuda a quienes se encuentren en situación de desamparo son intervenciones no disponibles.

Otras líneas de necesario compromiso en el Estado Social serían la protección del medio ambiente, el apoyo a la tercera edad, la garantía de los consumidores, las políticas de vivienda pública y de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas, etc. Consecuencia de tantas intervenciones es el incremento exponencial de las dimensiones de la Administración, circunstancia que debe ser compensada con eficiencia.

BIBLIOGRAFÍA: GARCÍA MAESTRO, Maria Josefa, *Tercera edad y ayuda a la dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, 1995. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1989. RITTER, Gerhard, *El Estado Social. Su origen y desarrollo en comparación internacional*, Madrid, 1991. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración del Estado Social*, Marcial Pons, Madrid, 2008. TORRES LÓPEZ, Maria Asunción, *La discapacidad en el Derecho administrativo*, Cítivas, 2012.

7. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ESTADO DESCENTRALIZADO

La Administración contemporánea se desarrolló en Europa a partir del paradigma napoleónico centralizado. Aunque en países como España existía una tradición pseudofederal, el influjo francés transformó las estructuras administrativas, desde la conexión entre eficacia y centralización. Lo mismo sucedió en otros lugares, aquellos que no optaron por el Federalismo.

A lo largo del siglo XX, en cambio, se ha ido comprobando la necesidad de incorporar el principio de descentralización al diseño de toda Administración pública democrática a la altura de las circunstancias. Junto a las ventajas políticas, son muchas las aportaciones al desarrollo económico de este modelo, adoptado incluso en Francia mediante correcciones de su original diseño decimonónico.

Descentralización y subsidiariedad, entendidas como aproximación física de la Administración pública a los destinatarios de sus intervenciones, no son sin embargo principios absolutos que deban llevarse al extremo. Demasiadas veces la proliferación de entidades descentralizadas genera problemas de sostenibilidad del modelo administrativo. Tantas otras, propicia la descoordinación.

Por ello, el arquetipo de Administración pública que proponemos es descentralizado, pero a la vez integrado en un sistema de administraciones que colaboran entre sí para satisfacer los intereses generales. Sólo con un marco adecuado regulador de relaciones administrativas, en pos de objetivos comunes, pueden conjurarse los riesgos de llevar a su extremo el principio de descentralización.

La OCDE publicó en 2019 una guía sobre la descentralización que desaconseja considerarla una panacea, pero sí recomienda intensificarla siguiendo diez directrices: 1. Clasificación de competencias y responsabilidades de cada nivel; 2. Asegurar que todas las responsabilidades estén financiadas:3. Fortalecer la capacidad fiscal y la rendición de cuentas; 5. Construir mecanismos adecuados de coordinación; 6. Apoyar la cooperación transversal; 7. Favorecer experiencias de innovación con participación ciudadana; 8. Permitir los acuerdos asimétricos; 9. Promover la transparencia. 10. Robustecer los sistemas de igualación fiscal

BIBLIOGRAFÍA: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Descentralización y planificación*, IEAL, Madrid, 1972. ELAZAR, Daniel, *Exploración del federalismo,* 1991. MARTÍN RETORTILLO, Sebastian, *Descentralización administrativa y organización política*, Alfaguara, 1973. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, Madrid, 2013.

8. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y GLOBALIZACIÓN

Hemos explicado en el Tema I algunas de las repercusiones de la Globalización sobre el Derecho administrativo. Ahora debemos advertir también las consecuencias de este proceso sobre las estructuras administrativas de los distintos países, cada vez más condicionadas por tendencias a favor de la competitividad, la atracción de inversiones y la sostenibilidad presupuestaria.

Entre las recomendaciones internacionales de reforma administrativa pueden destacarse las propuestas por la OCDE y el Banco Mundial, junto al Fondo Monetario Internacional. Así, en los últimos años es destacable el llamamiento a la simplificación, la descarga burocrática y la reducción de trámites, exigencias traducidas en la reducción de estructuras inncesarias y la utilización creciente de las TICs en la Administración pública.

La aplicación de estas recetas coadyuva a mejorar indicadores como la facilidad para hacer negocios en un país, medida y comparada internacionalmente. Los inversores tienen presentes los datos sobre el desempeño institucional a la hora de decidir donde sitúan sus capitales, afectando al desarrollo económico. Por esta razón, es conveniente mejorar la Administración, manteniendo por supuesto sus capacidades imprescindibles para proteger el Estado Social y Democrático de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA: FRIEDMAN, Thomas, *El mundo es plano*, 2005. OCDE, Making decentralization work, 2019. OCDE, *España: de la Reforma de la Administración a la Mejora Continua. Informe de la OCDE sobre gobernanza pública en España*, INAP, 2014. SUNSTEIN, Cass R, *Más simple. El futuro del gobierno*, INAP, Madrid, 2014.

9. LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN

Así, los gobiernos agendan entre sus prioridades la reforma administrativa, una idea fuerza impulsora de cambios pensados en clave de mejora de la eficiencia o los derechos de los ciudadanos. Esto ocurre en todos los países periódicamente, en sucesivas oleadas marcadas por tópicos generalizados que han ido sucediéndose en el tiempo.

Durante el siglo XX, han sido varios los lemas de tales procesos, desde la profesionalización hasta la nueva gestión pública. Los científicos especializados tienen perfil politológico, aunque finalmente intervengan sobre instituciones clásicas del Derecho administrativo como la función pública, el procedimiento o la potestad organizatoria.

El mensaje de la reforma suele ser crítico con la situación preexistente, siendo ésta una desventaja frente a otras aproximaciones, como la de la innovación, que simplemente aspira a favorecer adaptaciones a nuevas circunstancias y oportunidades, cambios determinados por el entorno.

BIBLIOGRAFÍA: ARENILLA, Manuel, *La reforma administrativa desde el ciudadano*, INAP, Madrid, 2003. CARRILLO, Ernesto/BAÑÓN, Rafael (Dirs.), *La nueva Administración pública*, Alianza, 1997. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano/FUENTETAJA PASTOR, Jesús/RODRÍGUEZ-CAMPOS, Sonia (Dirs.), *Las reformas administrativas de la crisis*, Aranzadi, 2017. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, Madrid, 2016. SUNSTEIN, Cass R, *Más simple. El futuro del gobierno*, INAP, Madrid, 2015.

10. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones plantean desafíos de primer orden sobre las cláusulas del Estado de Derecho, el Estado Democrático o el Estado Social. Nos preocupan tanto los riesgos globales de abuso en el control de las Administraciones sobre sus ciudadanos, mediante el espionaje público de Internet, como las posibles manipulaciones de los procesos democráticos mediante el *Big Data*.

La aplicación de las nuevas tecnologías al actuar administrativo ha determinado cambios trascendentes a lo largo de la historia. La incorporación de los registros escritos fue un primer hito en Roma y otros imperios antiguos. Después vendrían otras transformaciones, como la extensión del papel o la mecanización del siglo pasado.

Hoy, la sociedad de la información y el conocimiento propicia avances exponencialmente significativos. Cada año se multiplican las posibilidades reales de gestión de los datos, acumulados por el reflejo documental de los procedimientos administrativos.

La automatización del actuar de la Administración plantea las dudas sobre quien programa sus decisiones, conforme a qué criterios actúan sus algoritmos. El riesgo de deshumanización y los potenciales perjuicios sobre los derechos no deben ser pasados por alto, debiendo estar alerta los juristas para que las oportunidades de la técnica no se paguen al precio de la renuncia de las libertades.

BIBLIOGRAFÍA: CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí, *La Administración digital*, Dykinson, 2022. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén, *Administración pública electrónica*, Aranzadi, 2009. MARTÍN, Isaac (Coord.), *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, 2017. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Gestión pública, inteligente, Oportunidades y riesgos del *Big data* administrativo", *Presupuesto y Gasto Público*, 2017. VALERO TORRIJOS, Julián, *Derecho, innovación y administración electrónica*, Sevilla, 2013. VALERO TORRIJOS, Julián, "Las garantías jurídicas de la inteligencia artifical en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración", *Revista catalana de dret public*, núm. 58, 2019. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.100, 2022.

Tema III

EL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 1. El Ordenamiento administrativo. 2. Criterios de interpretación. 3 La efectividad de las normas administrativas. 4. Clasificación de las normas administrativas y otras fuentes. 5. La interacción de los conjuntos ordinamentales. 6. Aplicación en el tiempo de las normas administrativas. Retroactividad y derogaciones implícitas. 7 Aplicación en el espacio de las normas administrativas. La territorialidad. 8. Resolución de antinomias y conflictos interordinamentales. 9. La cobertura de las lagunas y la analogía. 10. Derecho administrativo y otras ramas del Derecho.

1. EL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO

El Derecho administrativo es un Ordenamiento porque no sólo se compone de normas, sino que también incluye instituciones y una organización cuyo cometido es realizarlas. En este sentido, responde a los perfiles del concepto diseñado por Santi Romano, vigente hasta hoy. Su comprensión en tal modo permite, además, eludir la mera interpretación literal o fuera de contexto de las leyes, criterio excluido por la teoría jurídica de nuestros días.

Es la conciencia social abstraída, que no la capacidad sancionadora o la relación jurídica, el elemento determinante de la vigencia del Derecho. La sociedad se articula para conseguir sus propósitos, razón del dictado de normas y la estructura de un orden dirigido a su realización. El conjunto de esas reglas y organización es el Ordenamiento, sistema en el que corresponde al Derecho administrativo un protagonismo notable, pues la mayoría de las normas y agentes le incumben.

Si comparamos el Ordenamiento jurídico con un *Iceberg*, el bloque administrativo sería aquel que permanece por debajo del nivel del agua, menos visible que las leyes de otras ramas del Derecho, así el civil o el penal, por ejemplo, pero cuantitativamente mayor por su número y proyección sobre casi todos los ámbitos de la vida social. Ramas completas hoy autónomas, como el Derecho laboral o el tributario, surgen del tronco jurídico público común administrativo.

Las dimensiones numéricas de este conjunto explican su complejidad, convirtiendo en verdadero desafío a menudo la localización de la norma aplicable. La dificultad señalada hace más de medio siglo por Villar Palasí deviene hoy extrema, ante la multiplicación del número de centros de producción legislativa, su imposible reconducción a un único criterio y la falta de cuidado para prevenir antinomias y señalar derogaciones. No hay un legislador, sino muchos e incontinentes.

Por ello, la calidad de las normas se ha convertido en una preocupación compartida por los reformadores de las sociedades avanzadas. Superando el espíritu codificador, se aboga por la regulación inteligente o la simplificación normativa, líneas todas ellas depuradoras de un Ordenamiento superabundante y heterogéneo. Grandes juristas, como Bentham y Calamandrei, han señalado que la inflación legislativa deteriora el valor de las normas.

Y es que el sistema del Derecho administrativo sufre la llamada «legislación motorizada», con mayor intensidad que cualquier otra disciplina. Se publican miles de normas administrativas al cabo del año. A diferencia de lo que sucede en otras ramas del Ordenamiento, como el Derecho civil o el Derecho penal, en las que un Código preside todo el sistema, no puede señalarse una norma que asuma plenamente este lugar central, aunque algunas leyes tengan pretensiones codificadoras, pero no abarcan toda la parte general de la disciplina.

Así, seleccionar la referencia normativa idónea en un caso concreto, entre la maraña de preceptos constitucionales, leyes, reglamentos, principios y precedentes, puede ser extraordinariamente complicado. Por un lado, las fuentes son heterogéneas. Por otro, para resolver los conflictos que pueden producirse entre normas existen distintos criterios y principios, pudiendo plantearse divergencias en función del que decidamos utilizar en cada caso. Estos son los desafíos de la interpretación.

Al menos el carácter común y normal del Derecho administrativo (Clavero Arévalo) descarta la supletoriedad del Derecho civil en caso de laguna o duda interpretativa. Tras doscientos años de desarrollo, esta disciplina ha construido una teoría general propia, adaptada a sus particulares necesidades, que son la satisfacción de los intereses generales y la garantía de los derechos de las personas que se relacionan con la Administración.

BIBLIOGRAFÍA: CLAVERO AREVALO, Manuel, "Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como Ordenamiento común y normal", en *Estudios de Derecho administrativo,* Cívitas, Madrid. 1992. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2014. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Mejora regulatoria, descarga burocrática y Pymes*, Ratio Legis, Salamanca, 2014. SANTI ROMANO, *El Ordenamiento jurídico*, Reus, Barcelona, 2012. VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1969.

2. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

La interpretación del Derecho administrativo debe hacerse por tanto recurriendo a sus propios principios, que estudiaremos en el Tema siguiente, pero

por supuesto requiere conocer y aplicar los criterios hermenéuticos comúnmente aceptados. Más allá de la literalidad, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social del tiempo en el que las normas deben ser aplicadas, su contexto y finalidad, porque la *ratio legis* y las necesidades de la gente son más importantes que la letra de la Ley.

Puede pensarse que la interpretación literal sea la más respetuosa con la voluntad del legislador, pero tal presupuesto supondría aceptar que al dictar la norma se tuvieron en cuenta todas las circunstancias y condiciones en las que habría que aplicarla, lo cual dista de la realidad de los debates legislativos. A menudo pasan desapercibidas consecuencias derivadas del texto, no apreciadas en su momento.

Recordar lo antecedentes históricos y legislativos es por ello aconsejable, pues orientan sobre las razones y situaciones sí valoradas por los autores de las reglas. Si determinada cuestión preocupó a quienes elaboraron las normas precedentes, probablemente no pasaría desapercibida en las sucesivas redacciones, de modo que el propósito de la versión más reciente resultará más inteligible.

Así mismo, tiene pleno sentido atender al contexto social o, según el sintagma del Código Civil, la "realidad social del tiempo en el que las normas han de ser aplicadas". Las normas han de servir a la convivencia social, no perturbarla ni entorpecerla, de modo que las proyecciones de un texto no se desvíen totalmente de los intereses de la sociedad, en cuyo caso sería preciso reinterpretarlo para que cumpla con su auténtica función.

Los fines de las leyes son, por tanto, determinantes. Por eso es clave la interpretación teleológica: ¿para qué se dictaron?, ¿cuáles fueron los propósitos de su aprobación?, ¿cómo se adaptan las intenciones originales de los redactores a las necesidades actuales? Las polémicas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ponen de manifiesto estas disyuntivas hermenéuticas, reflejo de posiciones conservadoras o progresistas proyectadas sobre la aplicación de las normas.

BIBLIOGRAFÍA: ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1984. ATIENZA, Manuel/AARNIO, Aulis/LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Europeo, 2010. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Originalismo versus interpretación*, Cívitas, Madrid, 1989. LIFANTE, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, CEPC, 1999.

3. LA EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS

El cumplimiento de las normas resulta a menudo difícil, porque la fuerza de los hechos se impone contra la voluntad institucional de transformación. Modificar

conductas no es sencillo, requiere atención y perseverancia, pues los comportamientos obedecen a predisposiciones o tradiciones que se resisten a cambiar. La inercia guía los procederes de las personas, de modo que cualquier cambio requiere un esfuerzo considerable.

Para lograr la eficacia de las reglas, es preciso en primer lugar lograr la atención de sus destinatarios, activar la denominada *saliencia* y alcanzar el resultado cognitivo de su incorporación a los elementos de juicio a la hora de actuar y tomar decisiones. Si las leyes se desconocen o no se comprenden, difícilmente se respetarán, aunque pretenda aplicarse el discutible adagio "la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento".

Los sesgos cognitivos del ser humano pueden y deben ser tenidos en cuenta a la hora de disponer las arquitecturas de realización de los propósitos normativos. La metodología *Nudge* se ha aplicado en Estados Unidos y Gran Bretaña desde hace más de una década para lograr, mediante la aplicación de lo que sabemos sobre nuestras tendencias al error, que los objetivos públicos de respeto de las leyes se cumplan.

Estas innovaciones ayudan sin duda a mejorar el éxito de las políticas públicas, pero sigue siendo imprescindible un aparato institucional de carácter coercitivo, para orientar a los individuos y las sociedades en la línea de los intereses generales. Los incentivos para el actuar egoísta o no coordinado con las necesidades comunes son muy fuertes, así que deben contrarrestarse con desincentivos de control y sanción.

El papel de la propia Administración pública en la garantía de las normas es crucial. Sus herramientas de limitación y control (inspecciones, sanciones, etc) son decisivas para persuadir a los operadores de la conveniencia del respeto de las reglas, partiendo de un análisis coste/beneficio en el que el riesgo de ser penalizado por incumplimiento es ponderado, junto al posible beneficio por infringir.

Cuando pensamos en el cumplimiento de las normas por parte del poder público, otros órganos de control, como los tribunales, consejos o cámaras de cuentas, también contribuyen con sus informes y jurisdicciones al seguimiento y la garantía frente a las desviaciones. Los operadores administrativos, igualmente, atienden a los dictámenes de los consejos consultivos y las juntas de contratación administrativa en las situaciones de difícil o controvertida interpretación o aplicación de las normas.

Dicho esto, el refuerzo principal de la eficacia y el cumplimiento de las leyes está en los tribunales. Son los jueces y magistrados los principales garantes de la realización del Ordenamiento cuando surgen las controversias, reflejo de los conflictos de intereses que subyacen a las regulaciones. Sus sentencias marcan la pauta de la correcta aplicación, diferenciando los casos en los que se han respetado las normas de aquellos otros en los que se han vulnerado.

Un obstáculo para la efectividad es la insuficiencia de las dotaciones presupuestarias. En el Estado Social, la Constitución y otras normas avanzan el reconocimiento de derechos, cuya realización requiere medios económicos, humanos o logísticos. Esto ocurrió con la llamada Ley de Dependencia, pero también puede predicarse del derecho a la vivienda o de la atención sanitaria. Llevar a la práctica los derechos sociales no es fácil porque todos tienen un coste.

Otro problema es la obsolescencia de las leyes, cuyos efectos derogatorios son rechazados por las concepciones positivistas del Derecho. Tantas veces los progresos de la sociedad determinan la inaplicación de reglas que se consideran de otro tiempo, superadas por los avances tecnológicos o por cambios radicales en las costumbres que pueden llegar incluso a transgredir frontalmente la norma.

Mantener una adecuación entre las leyes y las verdaderas necesidades de la gente en cada momento y lugar debería ser un objetivo constante del legislador, que dispone de herramientas para lograrlo. Entre ellas, la evaluación del impacto normativo es una técnica desarrollada para mejorar la calidad de la ley, empleando indicadores para valorar objetivamente su contribución real a los objetivos pretendidos.

BIBLIOGRAFÍA: AUBY, Jean-Bernard/PERROUD, Thomas (Eds.), *La evaluación de impacto regulatorio* 2016. DIEZ PICAZO, Luis, *La derogación de las leyes*, Cívitas, 1990. NAVARRO, Pablo Eugenio, *La eficacia del derecho*, CEPC, 1990. HOLMES, Stephen/SUNSTEIN, Cass R, *The cost of rights,* Nueva York, 1999. RIVERO ORTEGA, Ricardo/CEREZO, Marta (Coords), *Innovación en las normas ambientales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. SUNSTEIN, Cass, R/THALER, Richard, *Nudge*, Taurus, 2011. VIDA FERNÁNDEZ, José, "La evaluación del impacto normativo como instrumento para la mejora de la regulación", en *Libro Homenaje a Tomás DE LA QUADRA SALCEDO*, 2017.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS Y OTRAS FUENTES

El Ordenamiento administrativo no está integrado sólo por normas de tal naturaleza. Evidentemente, no la tienen los tratados internacionales, ni la Constitución, ni muchas de las leyes, aunque rigen a la Administración en múltiples aspectos. Dentro del Ordenamiento jurídico, todas aquellas reglas y principios aplicables a la organización y actividad administrativa merecerían ser considerados en el conjunto ordinamental de referencia, aunque algunas son más administrativas que otras.

Así, existen leyes con vocación codificadora, continentes de la parte general de la disciplina. Esto es lo que ocurre con las de procedimiento administrativo y

régimen jurídico de la Administración. Regulan las principales instituciones del Derecho administrativo. La carrera administrativa, los contratos públicos o la autonomía local suelen ser tratadas por normas específicas, fuentes materiales de primera consulta para acceder a un determinado régimen administrativo.

Normas típicamente administrativas son los reglamentos, en tanto son dictados por la propia Administración, pero el protagonismo de los decretos varía en función de los ordenamientos comparados, como reflejo de los modelos políticos y el reparto del protagonismo entre el Legislativo y el Ejecutivo. En los regímenes parlamentarios, con la posición subordinada del segundo, a diferencia de lo que ocurre en los de corte presidencialista.

La potestad de Decreto de la Presidencia de la República presenta un alcance inédito en los parlamentarismos, que sustituyen en muchos casos esta capacidad por la previsión constitucional de atribuir el dictado de normas con rango de Ley al Ejecutivo, ya sea en forma de decretos leyes, provisionales y en casos de extraordinaria necesidad, ya como decretos legislativos, legislación delegada. En uno y otro caso se suele contemplar una intervención legislativa previa o posterior.

No todo son normas en el Ordenamiento administrativo. Junto a las arquetípicas y convencionales, encontramos otras fuentes de información determinantes para la orientación del comportamiento de la Administración, sus agentes o los sujetos que se relacionan con ellos. La autoregulación, los códigos éticos, la jurisprudencia, el precedente o los principios generales del Derecho administrativo deben ser tenidos en cuenta en todo caso.

En el tema del reglamento estudiaremos el fenómeno de las normas aprobadas por sujetos privados, y conviene que mencionemos aquí el caso de los códigos éticos, que no contienen auténticas reglas, pero contribuyen a la integración de otras normas administrativas, como las de naturaleza disciplinaria o las reguladoras de los derechos y deberes de los empleados públicos. También los utilizan empresas privadas con proyecciones *ad extra*.

Otras formas de Derecho blando han ido adquiriendo cada vez mayor presencia en distintos ámbitos, en los que crece el convencimiento de que no todo puede resolverse con estrategias de prohibición, control y sanción. A menudo es preferible convencer a vencer, que sean los propios operadores quienes autocontrolen sus conductas, evitando transgredir ciertas líneas rojas. Así sucede en sectores como la publicidad, la banca o los medios de comunicación.

La Jurisprudencia es sin duda una fuente principal del Derecho administrativo, toda vez que para conocer las consecuencias concretas y prácticas del Ordenamiento es conveniente acudir a su interpretación y aplicación por parte de los tribunales. Sólo así podremos llegar a pronosticar con verosímil margen de acier-

to la solución concreta de cada conflicto judicializado, lo cual es muy relevante desde el punto de vista profesional, por supuesto.

El precedente administrativo es otra de las fuentes materiales a las que el práctico debe atender. Aunque la Administración no se encuentra totalmente atada por sus resoluciones anteriores, sí debe motivar los cabios de criterio, pues de lo contrario puede atisbarse un indicio de arbitrariedad o discriminación en la aplicación de la Ley, proscritas ambas constitucionalmente. Sólo circunstanciando las razones de cada variación se legitiman las decisiones.

La costumbre, tradicionalmente incluida entre las fuentes del Derecho, tiene un escaso papel en Derecho administrativo. Aunque hay modelos comparados en los que su reconocimiento es mayor, la regulación de cuestiones relevantes no suele escapar a los poderes normativos, dejando escaso margen para una ausencia de normativa explícita. Los crecimientos de la Administración propician "eras meiji", de culto a las normas sobre las costumbres.

Por último, hacemos aquí una remisión al estudio de los principios, distintos de las normas, que estudiaremos en el tema siguiente. Reglas y principios presentan naturalezas diferenciables conforme explican los teóricos del Derecho, pero se complementan necesariamente en situaciones de complejidad e inflación normativa como la explicada en el caso del Derecho administrativo. Los principios son tablas de salvación del intérprete en este proceloso mar de tantas fuentes.

BIBLIOGRAFÍA: DÍEZ SASTRE, Silvia, *El precedente administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2008. GARCÍA DE ENTERRÍA, L*egislación delegada, potestad reglamentaria y control judicia*l, Cívicas, Madrid, 2007. GORDILLO, Agustín, "Fuentes supranacionales del Derecho administrativo", en *Derecho administrativo*, 1998 SARMIENTO, Daniel, *El soft law administrativo*, Civitas, Madrid, 2014. LÓPEZ MENUDO, Francisco, "Las fuentes del Derecho administrativo", en *Lecciones de Derecho administrativo*, Sevilla, 2014. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público. Por una reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho", *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002. SANTIAGO IGLESIAS, Diana, *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico-administrativo*, Marcial Pons, 2021.

5. LA INTERACCIÓN DE LOS CONJUNTOS ORDINAMENTALES

El Ordenamiento jurídico administrativo está compuesto por numerosos conjuntos o subconjuntos ordinamentales, grupos normativos que regulan con fuentes diversas materias múltiples. Gestionar esa complejidad no es fácil; requiere aplicar diversos criterios que permitan seleccionar en cada caso la norma o el grupo de normas aplicable para resolver cada cuestión.

Al conjunto clásico de normas de procedencia estatal, hay que sumarle las europeas, las autonómicas, las locales y las de instituciones u organizaciones con capacidad para generar su propio Ordenamiento. Así, por ejemplo, cada Universidad pública se vincula a un conjunto ordinamental que incluye fuentes de todas las procedencias anteriores, más el Derecho generado por ella misma: sus estatutos, acuerdos y reglamentos del Consejo de gobierno o Claustro.

El principio de competencia nos ayuda a identificar la norma aplicable en función de la materia de la que se trate. Cada institución tiene atribuido un ámbito competencial para el dictado de fuentes. Si una cuestión concreta corresponde al poder autonómico, o al poder local o a la Universidad, la norma que deberá seleccionarse habrá de ser la dictada por la autoridad competente en ese caso.

Otro principio relevante de las relaciones interordinamentales es el de la completitud, principio que abre la posibilidad de aplicar normas de otros ordenamientos por vía de supletoriedad. Los conjuntos ordinamentales no se conciben como compartimentos estancos, sino que se relacionan complementándose cuando carecen de las respuestas precisas a problemas que requieren de una solución normativa.

La supletoriedad del Derecho civil ha sido ya analizada en el Tema I de este Manual. No siempre resulta trasladable la solución jurídica privada al ámbito público administrativo. Reglas elementales de las relaciones entre particulares no pueden ser proyectadas sobre las relaciones jurídico administrativas, presididas por la prerrogativa y por tanto la desigualdad.

Así mismo, el Derecho administrativo se aplica por vía de supletoriedad en otros ordenamientos, como el tributario, aunque este dispone de su propia parte general, es una disciplina especializada derivada originalmente del régimen de la Administración.

BIBLIOGRAFÍA: CARRERAS, Francesc, "Norma y ordenamiento jurídico en la Constitución española", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991. MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Cívitas, Madrid, 2004.

6. APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS. RETROACTIVIDAD Y DEROGACIONES IMPLÍCITAS

El tiempo es uno de los factores determinantes de la vida humana. Vivimos en un momento temporal dado, pero llevamos con nosotros la experiencia y los hechos acumulados en el pasado, como proyectamos hacia el futuro intentando anticipar los resultados de nuestra acción. Para ello necesitamos hacernos una

composición de las consecuencias jurídicas de nuestra conducta, a partir de un Derecho fiable y sujeto a límites en cuanto a su variabilidad.

La seguridad jurídica exige que cada persona pueda saber en todo momento cuál es el Derecho vigente, pero algo tan elemental apenas se cumple por varias razones prácticas. En primer lugar, nadie puede llegar a conocer todas las normas, a pesar del aforismo *Iura novit curia*. Ni siquiera los tribunales conocen todo el Ordenamiento. Además, los legisladores no suelen molestarse en calibrar con extremo detalle el impacto de sus decisiones sobre las anteriores.

Así se produce la paradójica circunstancia de la derogación implícita en virtud de la regla de que la ley posterior deroga la anterior. Muchas normas no se suprimen explícitamente, con lo cual hay que interpretar su obsolescencia u abrogación. Es preciso orientar el método de mejora de la calidad normativa también hacia este problema clásico, exigiendo tablas de derogaciones y estudios concienzudos de los marcos regulatorios afectados por cambios.

Otro problema que se plantea en el Derecho administrativo, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, tiene que ver con la discusión sobre la retroactividad o irretroactividad de las normas. Aunque la Constitución consagra claramente una prohibición de retroactividad de las disposiciones restrictivas o lesivas de derechos individuales, para determinar si una norma es retroactiva o no es indispensable fijarse en el tipo de derechos a los que afecta.

Esta interpretación sobre si un derecho se encuentra consolidado, y por tanto no puede ser tocado por el poder normativo (sin compensaciones), es clave desde el punto de vista de los intereses económicos en numerosos sectores, sobre todo cuando, como sucede a veces, se modifican los marcos reguladores sobre la marcha, justo durante la realización de operaciones de gran envergadura que se pueden ver directa y deliberadamente afectadas por esas alteraciones.

La prudencia regulatoria requiere alterar paulatina y progresivamente los marcos normativos, con independencia de la naturaleza de los derechos afectados. Permitir que los operadores económicos se puedan adaptar poco a poco a los nuevos escenarios, favoreciendo la amortización de sus inversiones y corrigiendo sus modos de actuar en un medio plazo. Tal forma de proceder favorece sobremanera la credibilidad de un sistema jurídico y económico.

Otra buena práctica del Derecho público comparado que afecta a la dimensión temporal del Derecho administrativo es la fijación de términos o fechas de caducidad a las normas. Las llamadas cláusulas de ocaso se incorporan a las normas aceptando que existen tiempos razonables de operatividad de soluciones jurídicas a determinados problemas, pues incluso las leyes son vulnerables al paso del tiempo, especialmente en sectores de gran avance tecnológico.

BIBLIOGRAFÍA: BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, "El respeto a los derechos adquiridos", *Documentación Administrativa*, 2003. LÓPEZ MENUDO, Francisco, *El principio de irretroactividad de las normas administrativas*, Sevilla, 1982. DÍEZ PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Cívitas, Madrid, 1990.

7. APLICACIÓN EN EL ESPACIO DE LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS. LA TERRITORIALIDAD

La territorialidad es otro de los factores determinantes para la vigencia de las normas administrativas. En principio, cada poder actúa en un espacio físico, sobre el que ejerce sus facultades normativas, conforme a la clásica descripción de los tres elementos del Estado: territorio, población y organización. Pero esta construcción tan básica se ha venido alterando ante la creciente importancia de los movimientos de personas, mercancías y capitales en todo el mundo.

Así, existe una presión creciente, perceptible en procesos de integración económica supranacional, para aplicar a las mercancías y servicios comerciales las reglas de su "país de origen", donde se fabrica o donde radica el prestador, en lugar de sujetarlas a las normas del territorio en el que se vende el producto o realiza efectivamente la actividad. Esto puede resultar dañino para la protección de los consumidores en algunos casos, pero cabe corregirlo mediante mecanismos suficientes de colaboración y cooperación administrativa.

Puede darse la paradójica circunstancia de que una empresa, en cambio, se someta a las normas y potestades de la Administración de otro país, distinto al suyo, con el ánimo de exportar sus productos y conseguir las correspondientes autorizaciones. Para ello se llega incluso a aceptar inspecciones y controles extraterritoriales, otra muestra de los efectos de la globalización, que altera los esquemas clásicos de aplicabilidad del Derecho administrativo.

BIBLIOGRAFÍA: VÁQUER CABALLERÍA, Marcos, *La eficacia territorial y temporal de las normas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

8. RESOLUCIÓN DE ANTINOMIAS Y CONFLICTOS INTERORDINAMENTALES

Las antinomias no son infrecuentes en el Ordenamiento administrativo. Al existir una multiplicidad de centros de producción de normas, en el tiempo y en el espacio, es probable su actuación desordenada, con el resultado de la contradicción más o menos evidente entre los tenores literales u los objetivos concretos

de sus decisiones. A veces son incoherencias groseras, otras sutiles, pero en todo caso deben ser resueltas por el aplicador del Derecho de forma aceptable para el sistema.

El más elemental de todos los criterios de resolución de estos conflictos, simple pero insuficiente, es el de jerarquía. Valen más las normas de mayor rango, conforme a una imagen idílica pero incompleta del sistema de fuentes como una pirámide, aportación de Kelsen, lejana de la realidad de las relaciones entre fuentes que se resisten a una ordenación escalonada. Ahora bien, en algunos casos este criterio funciona, especialmente para la nulidad de los reglamentos.

Pero, como ya hemos explicado, no siempre es tan fácil resolver las controversias normativas, porque la Constitución atribuye o reconoce competencias a unos poderes normativos y no a otros sobre determinadas materias. En estos casos, no importa tanto el rango de la norma como la atribución concreta para su dictado, pues ésta puede obedecer a una garantía institucional, como el reconocimiento de autonomía, u otro valor preponderante para el constituyente.

Este mismo poder puede reconocer la primacía a unas normas sobre otras. Así lo hace a menudo con el Derecho internacional sobre las leyes propias, más aún en proceso de integración supranacional. En un contexto en el que las normas económicas que resultan de estos acuerdos regulan muchos sectores, la incidencia sobre el Derecho administrativo nacional de este principio debe ser atendida, desmontando tópicos sobre la soberanía de la legislación.

BIBLIOGRAFÍA: LASAGABASTER, Iñaki, *Principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal*, Civitas, Madrid, 2002. MARTIN RETORTILLO, Lorenzo, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Cívitas, Madrid, 2004. REQUEJO PAGES, José Luis, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Madrid, 1995. REQUENA LÓPEZ, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, 2004.

9. LA COBERTURA DE LAS LAGUNAS Y LA ANALOGÍA

Las lagunas son situaciones en las que la ley no da una solución exacta a un supuesto de hecho. Cuando esto ocurre, cabe aplicar las reglas de la supletoriedad o, de no existir normas supletorias, dar entrada a los principios generales del Derecho, la costumbre o la analogía.

Han de diferenciarse los supuestos de laguna legal de aquellos otros casos en los cuales el Ordenamiento deliberadamente ofrece márgenes de decisión a los órganos políticos o administrativos: la llamada discrecionalidad. Cuando esto

sucede, la respuesta a un caso debe ser dada por la Administración, respetando como veremos los principios generales del derecho (Clavero).

¿Es el Derecho civil apropiado para cubrir las lagunas del Derecho administrativo? Durante más de un siglo así lo han entendido muchas normas administrativas, toda vez que la insuficiencia del desarrollo de los principios y soluciones propias sólo ofrecía esta alternativa. El *horror vacui* conducía a aplicarla, no sin generar un sinfín de incoherencias aplicativas.

Un estadio más avanzado de desarrollo ordinamental lleva a la consideración como común y normal del Derecho de la Administración, que repele la aplicación del civil por la diferente naturaleza de los sujetos e interesas afectados.

Excepcionalmente, también cabe recurrir a la aplicación analógica, que procede allí donde no contemplando las normas un caso concreto, sí se ocupan de otro similar con "identidad de razón".

BIBLIOGRAFÍA: ATIENZA, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho*, Civitas, 1986. BOBBIO, Norberto, *Analogía en la lógica del Derecho*, COSSIO, Carlos, *Analogía*, 1939. CLAVERO ARÉVALO, Manuel, "La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm.7, 1952. DIEZ PICAZO, Luis María, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 1993. SILVA TAMAYO, Gustavo, "La analogía en Derecho administrativo", *Revista Iberoamericana de Derecho administrativo y regulación económica*, 2012.

10. DERECHO ADMINISTRATIVO Y OTRAS RAMAS DEL DERECHO

Ya nos hemos pronunciado sobre la importancia del Derecho constitucional y su relación ambivalente con el Derecho administrativo. Si este último debe concretizar el primero, también actúa como precursor del mismo, propiciando modificaciones de la Norma Fundamental para adaptarla a las exigencias sociales y las necesidades cotidianas del funcionamiento estatal. El Derecho administrativo es Derecho público común y a pie de tierra, así que se convierte en una herramienta imprescindible para los constitucionalistas.

Más allá de las reservas formuladas sobre la utilización del Derecho privado por parte de la Administración pública, hemos cuestionado el carácter supletorio del Derecho civil, pues el administrativo se autointegra con sus propios principios. En algunos casos, sin embargo, la Administración recurre a figuras privadas, como el contrato de compra venta o la sociedad mercantil, matizadas por el respeto de los principios de buena administración, así como por los correspondientes controles.

También hemos hecho anterior referencia a disciplinas jurídicas hoy consideradas autónomas que sin embargo presentan un claro origen común con el Derecho administrativo, como ocurre de manera palmaria con el Derecho tributario y, de forma quizás menos evidente, con el Derecho laboral, surgido en forma de Derecho social gracias a las primigenias intervenciones administrativas en el siglo XIX. De hecho, en ambos casos, la teoría general del Derecho administrativo se aplica a muchas de sus instituciones, desde los actos tributarios a las inspecciones de trabajo.

Ramas completas del Derecho administrativo tienden a convertirse por la tendencia fractal y de especialización en disciplinas autónomas, pero siempre marcadas por la matriz original administrativa. Así ocurre con el Derecho ambiental, el de la competencia o el del transporte. Disciplinas completas presentan bloques considerables de instituciones administrativas, como el Derecho agrario o el aeronáutico. Así se demuestra su tendencia omnicomprensiva de la intervención pública.

Indirectamente, se ha señalado la mayor interdependencia del Derecho administrativo respecto del Derecho internacional, dados los crecientes efectos de la globalización y ante el protagonismo de organizaciones internacionales en este ámbito. Los procesos de integración supranacional han fortalecido esta tendencia, hasta el punto de que el Derecho administrativo es cada vez menos un puro Derecho interno, como siempre fue, traduciendo de forma progresiva compromisos externos de todo tipo.

Se incrementan también las relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho penal, toda vez que los jueces de este orden se enfrentan a múltiples procesos vinculados a delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos. Para poder discernir la concurrencia de los tipos, comenzando por la prevaricación, es preciso un análisis pormenorizado que integre los principios de la teoría general del delito con la interpretación de la legalidad administrativa, algo que no siempre ocurre.

El Derecho procesal confluye con el Derecho administrativo en el estudio del proceso administrativo, o contencioso administrativo. Muchas de las construcciones procesalistas son aquí perfectamente aplicables, con los matices propios de los intereses afectados, que son públicos, situándose por ello el contencioso en un ámbito intermedio entre los procesos civil y penal, aunque hasta hoy se discute el carácter objetivo o subjetivo de estos recursos, y sus correspondientes principios inspiradores.

Un buen jurista, ya lo sea como administrativista o en cualquier otra rama, tiene la obligación de conocer y comprender las relaciones de su disciplina con el resto del Ordenamiento, como un todo. Integrar las instituciones internacionales,

constitucionales, civiles, mercantiles, tributarias, laborales, penales y procesales con las del Derecho administrativo es labor del especialista. Para ser un buen intérprete y aplicador del Derecho conviene evitar la condición de *Fachidiot*.

BIBLIOGRAFÍA: BULLRICH, Rodolfo, *Principios del Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1929. PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

Tema IV

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 1. Iusnaturalismo y Derecho administrativo. 2. Valores superiores. 3. Principios generales del Derecho aplicados al Derecho administrativo. 4. Principios técnicos de las instituciones administrativas. 5. Aplicaciones interpretativas de los principios del Derecho administrativo. 6. La ponderación de principios. 7. Contradicciones entre principios. 8. Principios, reglas y derechos fundamentales. 9. La construcción de nuevos principios jurídico administrativos. 10. La positivización de los principios.

1. IUSNATURALISMO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho administrativo se identifica con el Estado y sus autoridades, por su condición pública y vínculo con la Administración, centro ella misma de producción de normas. Tendería a ser la disciplina positivista por excelencia de no incorporar una perspectiva más allá del conjunto dado de leyes y reglamentos. Para corregir este sesgo, es necesario apelar al Derecho natural.

La construcción iustanaturalista presenta una larga y honda estirpe, unida a nuestras raíces culturales. En Grecia, Roma y el ideario cristiano se encuentran sus bases, después absorbidas por la escolástica tomista y corrientes posteriores, algunas de signo antidemocrático. Con sus luces y sus sombras, ofrece un mensaje cabal contra la omnipotencia de quien dicta las normas.

Algunas de las aportaciones más memorables en la historia de nuestro pensamiento se asocian a esta tesis, significativamente las de la llamada Escuela de Salamanca en el siglo XVI, compuesta por frailes dominicos y jesuitas contestatarios frente al poder absoluto del Emperador, defensores de la autoridad subordinada del monarca frente a la voluntad de la comunidad.

Menos conocida, pero también memorable, es la crítica de Fray Luis de León a un Derecho apegado sólo a la Ley, en D*e los nombres de Cristo*: "El tratar con sola la ley escrita es como tratar con un hombre cabezudo, por una parte, y que no admite razón, y por otra, poderoso para hacer lo que dice; que es trabajoso y fuerte caso. La perfecta gobernación es la ley viva, que entienda siempre lo mejor y que quiera siempre aquello bueno que entiende".

En la doctrina, según Del Vecchio, la *naturalis ratio* induciría "verdades supremas del Derecho", presupuestos condicionantes de las ulteriores normas positivas, parámetro de su aceptabilidad y pretexto para su eventual rechazo, pues por

encima de la intención de los legisladores se encontraría un concepto dado del ser humano y sus inapelables circunstancias.

También Dworkin, frente a Hart, ha defendido las exigencias de justicia y equidad sobre las normas, descartando la plena desmoralización del Derecho o, mejor dicho, su separación del reconocimiento de una serie de libertades individuales, contrapesos de la intervención del poder público y, en último término, correctores del principio mayoritario.

Considerables consecuencias para el Derecho administrativo producen tales comprensiones superadoras del normativismo. Por un lado, trasladan a los tribunales mayores responsabilidades de resolución, pues dejan de ser simplemente los aplicadores de la Ley. Al tiempo, limitan sobremanera la acción del Gobierno y la Administración, protegiendo los derechos.

Todo ello encuentra reflejo en un concepto de Constitución a su vez no puramente positivista, sino material. La Norma Fundamental no se resume en la equidad, pero tampoco puede ser interpretada ni aplicada sin referencia a los valores de la comunidad y su devenir progresivo. Esto deben apreciarlo tanto los jueces constitucionales como los administrativos, convertidos así en garantes de un modelo de sociedad basado en la dignidad de la persona.

BIBLIOGRAFÍA: ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, 1933. DWORKIN, Ronald, *Freedom ´s Law*, 1996. RIVERO YSERN, Enrique y FERNANDO PABLO, Marcos, *Equidad, Derecho administrativo y Administración pública en España*, Santiago de Compostela, 2011. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Iustnaturalismo y Derecho administrativo", Salamanca, 2015.

2. VALORES SUPERIORES

Es difícil señalar cuales sean las verdades supremas del Ordenamiento jurídico, pero sí cabe que una sociedad determinada asuma algunas certezas. Exponemos a renglón seguido las consideradas imprescindibles en clave civilizatoria, entendiendo la civilización como el avance de nuestras comunidades, en un sentido crecientemente favorecedor de las capacidades humanas.

La dignidad de la persona es el valor central del iusnaturalismo en nuestra cultura, basada en el respeto del ser humano por encima de cualquier intento de despersonalización. La tortura, el maltrato, la desconsideración de los individuos son los peores comportamientos administrativos posibles, así que todo el Derecho público ha de construirse partiendo de su prevención.

La libertad es la capacidad de elegir de las personas en la sociedad, ramificada en todo un conjunto de libertades básicas que, en Democracia, deben respetar el Gobierno y la Administración. Su núcleo básico radica sin embargo en la posibilidad misma de incumplir la Ley, pues tantas veces el progreso de los seres humanos ha sido posible gracias a ello.

Consecuencia para el Derecho administrativo de este valor superior sería la proscripción de soluciones regulatorias definitivas o completamente insalvables. Aquellas intervenciones que imposibiliten cualquier tipo de incumplimiento de sus previsiones, sin dejar espacio para la transgresión, anularían la libertad, dificultando los avances sociales derivados de su ejercicio.

La Justicia, como valor, sentimiento y garantía procesal, comportaría tanto la prohibición de agravios injustificados como el reconocimiento de la defensa debida para dotar de legitimidad cada decisión administrativa. Presenta un sentido negativo, de protección de la esfera particular, pero también otro positivo, de exigencia de igualdad de oportunidades.

La igualdad supone así mismo una común consideración de los individuos, con la consiguiente corrección de las peores desigualdades. Nadie debe ser discriminado, ni permitirse un estado de cosas educativo, económico o social en sí mismo discriminatorio, que separe y fragmente los grupos humanos por circunstancias particulares que puedan ser equilibradas.

El pluralismo, contrario a la existencia de una única opción política, del monopolio ideológico o de pensamiento, no sólo es presupuesto de la libertad sino condición necesaria para la competencia y mejora de propuestas, pues la dialéctica entre modelos y soluciones anima opciones preferibles, combina proyectos e incentiva debates públicos imprescindibles.

Aceptando el gobierno de la mayoría, debe reconocerse como valor superior también el respeto de la disidencia. Tantas veces la minoría de hoy termina mostrando su acierto en el futuro. Las normas administrativas, para respetar la libertad y el progreso, han de contemplar márgenes de tolerancia y excepción debidamente motivada. Es necesario aceptar por tanto la diferencia.

BIBLIOGRAFÍA: DÍEZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, 1997. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La dignidad de la persona como valor supremo del Ordenamiento jurídico", en *Teoría y práctica en la teoría y aplicación del Derecho*, 1999. PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984. RAWLS, John, *Justicia como equidad*, 2002. SUNSTEIN, Cass, R, *Why Societies need dissent*, Harvard, 2003.

3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO APLICADOS AL DERECHO ADMINISTRATIVO

Aunque el iusnaturalismo nace hace más de dos milenios, la teoría de los principios generales del Derecho no ha cumplido aún doscientos años. Poco antes de la codificación se normaliza su cita lingüística, incorporándose a los sistemas de fuentes de los códigos, con diferentes alcances, a lo largo del siglo XIX. Opciones más o menos positivistas explicaban mayor o menor reconocimiento.

En Derecho administrativo, habrá que esperar al siglo XX para observar la asunción de esta fuente por los tribunales aplicadores. Antes en exceso condicionados por la legislación, avances dogmáticos favorecieron su utilización para fundamentar sentencias. En Francia desde los años cuarenta, y en otros países desde la constitucionalización.

Los principios generales del Derecho lo son por su posible proyección sobre cualquiera de las ramas del Ordenamiento, así que por supuesto también se proyectan sobre el Derecho administrativo. La buena fe, la prohibición del enriquecimiento injusto o el abuso de Derecho producirían consecuencias en la comprensión correcta de las relaciones administrativas.

Ahora bien, algunos llamados principios generales merecen ser matizados en sus repercusiones de Derecho público, pues denotan una raíz y razón de ser pensadas para las personas privadas. Así, la prohibición de ir contra los propios actos, desmentida por la potestad de la Administración de revisión de oficio, o la no sujeción de la interpretación de los contratos a una de las partes.

Entonces, no todos los principios generales recibidos por el Derecho privado tienen perfecta cabida en el Derecho público. Si bien muchos de ellos son perfectamente aplicables, otros no lo son en modo alguno. De igual manera, hay principios generales del Derecho público difícilmente exigibles al comportamiento de los particulares, como el principio de proporcionalidad.

Una persona privada puede comportarse de forma desproporcionada, siempre que no cause daño ilegítimo ni vulnere otra norma. Los particulares pueden maladministrar sus bienes, contra el principio de buena administración propio del Derecho público, y este proceder no sería reprochable en términos jurídicos. De ahí que podamos señalar la existencia de auténticos principios totales del Derecho, subdividiéndose a continuación otros en propios del Derecho público o del Derecho privado.

BIBLIOGRAFÍA: CHAPUS, "De le valeur juridique des principes generais deux droit et des autres regles jurisprudentielles du droit administratif", 1966. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho,*

Civitas, Madrid, 1989. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, "La funcionalidad y eficacia de los principios generales del Derecho", *Justicia administrativa*, núm. 15, 2002. RIVERO, Jean, "Los principios generales del Derecho aplicados al Derecho administrativo francés contemporáneo", *Revista de Administración Pública*, 6, 1951. SAINZ MORENO, Fernando, "La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados", *Revista de Administración Pública*, núm. 89, 1979.

4. PRINCIPIOS TÉCNICOS DE LAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS

La heterogeneidad de los principios jurídicos es reconocida por la mayoría de los teóricos. Efectivamente, hay principios y principios. Algunos se confunden con los valores superiores que hemos visto, otros lo son generales del Derecho, más allá de tal o cual disciplina jurídica, y otros son específicos de una rama del Ordenamiento, o de algunas de sus instituciones.

Estos últimos son más bien principios técnicos, tal y como los definió García de Enterría, útiles para articular cada una de las grandes herramientas del Derecho administrativo. Bien inducidos de su régimen, o deducidos de una visión sistemática, permiten comprender el funcionamiento del instrumental administrativo con independencia de las puntuales variaciones normativas.

Aun sujetos ellos mismos a ciertas mudanzas, resultado de los cambios en otros valores sociales, estos principios conforman la muestra arquetípica de cada institución. Nos dicen el modo en que deben diseñarse para su mejor rendimiento la organización administrativa, el procedimiento, la función pública, la contratación administrativa o la regulación económica.

Los principios de la organización se encuentran en muchos modelos comparados constitucionalizados, especialmente la idea y el grado de descentralización, principio de creciente éxito constitucional y administrativo. Otros relevantes, como la coordinación o la eficacia, se hallan también en normas fundamentales de varios países.

En leyes administrativas suelen formularse o encontrarse los principios del procedimiento, cuyo estudio nos ocupará más adelante, en parte para realizar el debido proceso, en parte para optimizar el decidir de la Administración, agilizando su comportamiento y protegiendo los derechos e intereses de las personas que con ella se relacionan.

Igualmente, en normas con tal objeto se relacionan los principios de la función pública, con algunas referencias constitucionales entre las que destacan los principios de mérito y capacidad, pero incluyen también consideraciones éticas de

cumplimiento del deber, compromiso con el interés general o moralidad pública, afectando al régimen disciplinario.

Son también las normas de referencia las que destilan los principios de la contratación administrativa, desde la publicidad y concurrencia hasta la buena gestión de los recursos públicos, con diferencias comparadas entre modelos más proclives a la colaboración con el contratista y los basados en el implacable principio de riesgo y ventura, con su dialéctica.

Tanto la Constitución como leyes administrativas plasman los elementales principios del dominio público, entre los que destacan por supuesto la inalterabilidad, la imprescriptibilidad y la inalienabilidad. Principios opuestos a los que presiden el tráfico de bienes entre particulares, demostrando las notables diferencias principiales entre las dos grandes ramas del Derecho.

Mucho más recientemente ideados, los principios de la buena regulación se derivan de documentos y recomendaciones internacionales sobre la intervención administrativa económica. La mejora regulatoria depende en gran medida del respeto de principios de comedimiento, garantía de la expectativa, o modificación gradual de los marcos normativos.

BIBLIOGRAFÍA: BELADIEZ, Margarita, *Los principios jurídicos*, Tecnos, 1994. MARTÍN REBOLLO, Luis, "Sobre los principios generales del Derecho. Una reflexión moderadamente crítica", en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Director, *Los principios generales del Derecho administrativo*, La Ley, 2010.

5. APLICACIONES INTERPRETATIVAS DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Suele señalarse desde una perspectiva holística la función informadora del Ordenamiento jurídico que corresponde a los principios. Su ascendiente sobre los diseños normativos expresa y realiza tan enfática atribución, pues legisladores y reguladores habrían de tenerlos muy presentes en sus labores de elaboración de textos, lo que desgraciadamente no siempre sucede.

Brillante es la descripción hecha por Alexy de los principios generales como mandatos de optimización, esto es, directrices asumidas por el Ordenamiento en el afán de satisfacer necesidades y alcanzar objetivos sociales. Sirven así para mejorar el desempeño institucional en determinados sentidos, coincidentes con aquello que la comunidad considera más deseable.

Su poder de supletoriedad para la integración de lagunas, también en el Derecho administrativo, es otra de los talentos propios de los principios generales,

compartido con los técnicos. Unos y otros permiten superar el *horror vacui* de los jueces, a los que se presume el conocimiento del Derecho, y de los aplicadores de la Administración, que deberían también dar siempre respuesta.

Más frecuente que la laguna es sin embargo la situación de antinomia, dada la prolijidad del Ordenamiento administrativo. Cuando se produce una contradicción entre normas, favorecedora de usos alternativos del Derecho, cabe apelar a los principios, aunque su sobreabundancia permita encontrarlos a favor y en contra de cada solución, luego habrá que escalafonarlos.

BIBLIOGRAFÍA: ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho,* 1997.

6. LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS

La ponderación es la alternativa planteada ante el bucle de contradicciones, aunque tampoco despeja totalmente las incertidumbres de una tarea humana cargada de prejuicios, cognitivismos culturales arrastrados, errores de comprensión y a veces también falsedades. Al fin el Derecho se forma y aplica por juicios de valor, en manos de cada sujeto responsable.

Al diferenciar categorías de principios, cabe ponderar en función del rango de cada valor, de manera que los más generales pueden considerarse prevalentes, sin que la especialidad de los "técnicos" pueda comportar contradicciones frontales con los fundamentos mismos del Ordenamiento.

BIBLIOGRAFÍA: ORTEGA, Luis/DE LA SIERRA, Susana (Coords.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2009. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria, *La ponderación de bienes e intereses en Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

7. CONTRADICCIONES ENTRE PRINCIPIOS

Aunque su rango pueda ayudarnos a discernir preferencias aplicativas, la compatibilidad de principios resulta en ocasiones compleja. Repárese por ejemplo en la oposición posible entre el *favor libertatis*, o principio de promoción de la libertad personal, con el principio de precaución, justificador de múltiples limitaciones sobre la iniciativa privada.

Si una función de los principios es resolver las situaciones de duda, marcando un criterio a seguir, en este caso no es fácil determinar qué hacer cuando no se tiene plena certeza sobre los riesgos asociados a determinadas actividades. Ante

la duda sobre permitir o no permitir, se plantean dos alternativas perfectamente opuestas: seguir el criterio clásico liberal de dejar hacer, o limitar hasta que se despejen las cuestiones científicas o técnicas sobre posibles peligros.

La transparencia y la protección de los datos de carácter personal nos ofrecen otro ejemplo de eventuales confrontaciones directas entre principios. La tendencia de dar acceso a toda la información institucional de los poderes públicos puede chocar con la necesidad de proteger la intimidad y evitar abusos. La coincidencia en una misma autoridad de las funciones de transparencia y protección de datos –modelo alemán– es una solución organizativa adecuada para dar respuesta a tales conflictos.

Hoy, la relación entre el principio de publicidad y el principio de confidencialidad muestra en grado máximo la dificultad de combinar y articular principios contrapuestos. Frente a una tendencia social predominante a favor de la publicidad, intereses legítimos como la protección de la competencia entre empresas o la preparación de las decisiones de planificación en el ámbito administrativo justifican las limitaciones al acceso informativo.

BIBLIOGRAFÍA: CIERCO SEIRA, César, "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español", *Revista de Administración Pública*, núm.163, 2004. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "Principio de confidencialidad", en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, 2010.

8. PRINCIPIOS, REGLAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Es un lugar común en la teoría jurídica señalar la diversa naturaleza de principios y reglas. La distinción de principios y reglas es relativamente sencilla. Las reglas se formulan en términos tajantes –de todo o nada, se ha llegado a decir–. Son silogismos jurídicos de aplicación tendencialmente automática. Los principios, en cambio, son más abiertos que las reglas. Presentan un grado de indeterminación, de manera que su aplicación no supone un resultado perfectamente anticipable.

En ocasiones los derechos fundamentales se presentan con el grado de apertura propio de los principios, característica que es particularmente propia de los derechos sociales, en tanto en cuanto requieren una definición y concreción normativa (y de políticas públicas) ulterior. Pensemos por ejemplo en el derecho a la vivienda, cuyas aporías han sido señaladas (García Macho). También ocurre con el derecho al medio ambiente, ya reconocido como derecho, pero inicialmente formulado como principio rector. La mutación de principios en derechos fundamentales y viceversa es un fenómeno común en los ordenamientos jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2000. ATIENZA, Manuel, *Las piezas del Derecho*, BOBBIO, DWORKIN, LOPERENA, Demetrio, *Los principios del Derecho ambiental*, Cívitas, Madrid, 2000.

9. LA CONSTRUCCIÓN DE NUEVOS PRINCIPIOS JURÍDICO ADMINISTRATIVOS

Jean Rivero explicaba a mediados del siglo pasado las razones por las cuales el Consejo de Estado francés había comenzado a utilizar los principios generales para resolver controversias jurídico administrativas. Las insuficiencias del positivismo revolucionario, resultantes de un legislador más preocupado del caso particular que de la categoría abstracta, dejaban a menudo a los jueces sin precepto concreto para resolver.

Citaba entonces a Laferriere, quien fundaba en su Tratado las soluciones jurisprudenciales en "principios tradicionales, escritos o no escritos, que son en cierto modo inherentes a nuestro Derecho público". También señalaba las infames circunstancias de la ocupación nazi como clave explicativa del abandono de la confianza en una Ley que se podía mostrar también gravemente injusta.

De nuevo el viejo conflicto entre la fe ciega en la norma y el reconocimiento de sus potenciales defectos, estimulando la búsqueda de directrices jurídicas alternativas a un positivismo peligroso. El posterior descubrimiento de la utilidad múltiple de herramientas interpretativas, alternativas a la insuficiencia de las normas, garantiza la coherencia ordinamental.

Rivero exponía cuatro tipos diferenciados de aplicación de principios, fácilmente identificables con valores superiores, principios generales del Derecho, principios propios del Derecho público y principios técnicos. Entre los primeros, la libertad o la igualdad. Entre los segundos, la prohibición de enriquecimiento injusto, entre los terceros, la exigencia de motivación. Y entre los cuartos, la continuidad del servicio público.

Como podemos fácilmente, esta teoría de los principios generales del Derecho administrativo se mantiene vigente hasta hoy, pues coincide en buena medida con la presentación del Tema por la que hemos optado. El Derecho es una Ciencia que avanza por sedimentación, esto es, acumulando sobre los conceptos tradicionales nuevas aportaciones tendentes a integrarse en el saber anterior.

Ahora bien, toda vez que se han descrito los principios generales como inherentes, o incluso como verdades supremas, cabe plantearse la pregunta de si esos principios son definitivos e inmutables o varían según las sociedades evolucionan, transformándose también sus valores y adaptándose a las nuevas necesidades.

Y en esta pregunta habría que incluir otra sobre la posibilidad de sustituir unos principios por otros.

La jocosa respuesta de Grouxo Marx en una de sus más célebres escenas, cuando dice "estos son mis principios y, si no le gustan, tengo otros", podría ser evocada para resumir lo que ocurre cuando las sociedades comienzan a percibir la inadecuación de algunos principios a sus necesidades. Erróneas verdades absolutas como la incapacidad de la mujer han sido afortunadamente arrumbadas.

Pilares considerados imprescindibles para las sociedades del siglo XX son hoy claramente insatisfactorios u obsoletos, de modo que tales transformaciones pueden repercutir contundentemente sobre la estructura de los principios. Estos cambian, a veces lentamente, otras de forma más acelerada. Desaparecen unos y se incorporan otros, un dato que explica la necesaria atención del jurista hacia lo que pasa a su alrededor.

Son los tribunales constitucionales y supremos los órganos que deben estar más atentos a tales variaciones, aunque por supuesto también al Legislador y el poder normativo ejecutivo les corresponde atisbar los cambios en la atmósfera jurídica. Después, los administrativistas hemos de acometer la tarea de sistematizar los nuevos principios, integrarlos con los existentes, categorizarlos.

Hasta ahora venimos haciéndolo con notoria responsabilidad. Principios innovadores se han sumado a otros clásicos, algunos de los cuales ya no lo son tanto. Algunos principios han mutado su significado, como sucede de manera paladina con la llamada buena administración, cuya evolución en clave procedimental, hasta alcanzar la categoría de derecho subjetivo, muestra la versatilidad extrema de los principios.

Al tiempo, nuevos principios se han construido, algunos de los cuales necesitan mayores aclaraciones, como ocurre con el principio de precaución. O pronto con el principio de compensación, teorizado en el Derecho público alemán y pendiente de ser considerado en otros muchos ordenamientos administrativos comparados.

BIBLIOGRAFÍA: CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, "Buena administración, principio, mandato o derecho subjetivo", en SANTAMARÍA PASTOR, *Los principios generales del Derecho administrativo*, La Ley, 2010. RIVERO, Jean, "Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo", en *Revista de Administración Pública*, núm.6, 1951. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Principio de celeridad", en SANTAMARÍA PASTOR, *Los principios generales del Derecho administrativo*, La Ley, 2010. VOBKHULE, Andreas, *Das Kompensationsprinzip. Granelan Heiner prospektiven Aus gleichsordnung fur die Folgen Freighitsbetatigun, sur Flexibisierung des Verwaltungsrechts,* 1999.

10. LA POSITIVIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Muchos ordenamientos administrativos han incorporado a sus conjuntos de leyes textos con relaciones de principios. También a nivel internacional se han aprobado documentos que inspiran estas reformas, enunciando los principios comunes, a nivel europeo o iberoamericano. Cuanto más generalizados se encuentren en el Derecho comparado, mayor será la consideración que recibirán por parte de los operadores jurídicos.

Ya hemos visto algunos ejemplos: buena administración, precaución, transparencia. No sólo son principios nuevos, también comparten su plena incorporación a leyes aprobadas por los poderes legislativos en numerosas naciones, construyendo a partir de estos principios conjuntos de reglas transformadoras del comportamiento administrativo. La suma al Derecho positivo endurece los principios.

En España, la evolución de los principios de la potestad sancionadora ejemplifica paradigmáticamente el fenómeno de la positivización. Enunciados progresivamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se incorporaron primero a la Ley de Procedimiento Administrativo en 1992, manteniéndose después en los artículos 25 y siguientes de la de 2015: principio de legalidad; irretroactividad; tipicidad; responsabilidad o proporcionalidad.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública, otro ejemplo, enumera los siguientes en su artículo 8: principio de igualdad; mérito, desempeño y capacidad; eficacia, eficiencia y efectividad; transparencia, objetividad e imparcialidad; pleno sometimiento a la ley y al derecho.

Los principios suelen ser formulados primero por la jurisprudencia, pero después se proyectan sobre las normas. De este modo, existen principios implícitos y principios explícitos o expresos (Atienza y Ruiz Manero). El margen de aplicación e interpretación para el juez sería mayor en el caso de aquellos no positivizados, razón por la cual plantean ciertas reservas a la teoría jurídica por incrementar el arbitrio judicial.

BIBLIOGRAFÍA: ATIENZA, Manuel/RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, Barcelona, 1996. NIETO GARCÍA, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, GUASTINI, *Estudios sobre interpretación jurídica*, 1999.

Tema V

LA POTESTAD REGLAMENTARIA

SUMARIO: 1. Fundamento de la potestad reglamentaria. 2. Naturaleza y Concepto de reglamento. 3. Clases de reglamentos. 4. El procedimiento de elaboración de reglamentos y la calidad normativa. 5. La evaluación de impacto normativo. 6. Límites a la potestad reglamentaria. 7. Invalidez de los reglamentos. 8. Control de la potestad reglamentaria. 9 Autoregulación y normas técnicas de origen privado 10. Derecho blando.

1. FUNDAMENTO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

¿Cuál es la razón de ser de los reglamentos? Aunque en la clásica división de poderes corresponde al Legislativo la facultad de aprobar normas, la complejidad de nuestras sociedades dificulta la satisfacción de las necesidades reguladoras en forma de Ley. Por un lado, las asambleas no pueden cubrir todas las demandas de reglas; por otro, muchas cuestiones requieren aproximaciones técnicas o de detalle, más al alcance del Ejecutivo.

Debe ser la Constitución la que reconozca el poder normativo del Gobierno y la Administración, diferenciándose en cuanto a su alcance y legitimidad los regímenes parlamentarios de los presidencialistas. En estos últimos, el Ejecutivo goza de mayor margen de decisión, dada su elección directa por los ciudadanos, mientras que en los parlamentarios la Ley domina plenamente al reglamento.

Tanto en un escenario como en otro, sin embargo, suele criticarse el Gobierno por Decreto. Los posibles excesos de la potestad reglamentaria se han puesto de manifiesto a lo largo de la historia, no pudiéndose sustituir la expresión de la voluntad de los representantes y el procedimiento legislativo por la autoridad de las rápidas y a veces opacas decisiones que emanan de los gobiernos.

Los estados de excepción matizan tales consideraciones, aunque la historia nos muestra los abusos propiciados mediante la invocación de la extraordinaria y urgente necesidad, significativamente el resultado final del artículo 48 de la Constitución de Weimar tras el incendio del *Reichstag*. Las sociedades que más han sufrido tales excesos, han contenido excepcionalmente los decretos.

El Derecho alemán es sin embargo una rareza, en un panorama comparado en el que el principio de necesidad o las situaciones de excepción habilitan al Poder Ejecutivo para dictar órdenes ejecutivas. Es el caso de Estados Unidos, donde también encontramos muestras históricas extremas, como la suspensión de libertades dictada por Lincoln durante la Guerra Civil.

Hasta hoy resulta polémica la utilización de las *Executive Orders* del Presidente americano, mientras apenas se contestan medidas similares en otros regímenes presidencialistas. Pero la experiencia continúa mostrando los peligros de la delegación de las funciones normativas en manos de omnímodos poderes, pues favorece sesgos autocráticos, como comprobamos a menudo lamentablemente.

Las manipulaciones de la potestad reglamentaria no son siempre tan groseras como muestran los resabios autoritarios. Es un lugar común recordar la fórmula, "hagan ustedes la Ley, que yo haré el reglamento", asignándosela a personajes políticos de la talla de Romanones. Son muestras de poderes ejecutivos conscientes de que el demonio habita en los detalles.

En la valoración constitucional de la potestad reglamentaria, la cuestión no es tanto el *sí*, sino el *cómo* de su ejercicio. Los regímenes más avanzados la permiten, pero acotando su ámbito y sujetándolo a la posibilidad de *judicial review*, ora en sede constitucional, ora en sede administrativa, dependiendo de su rango. En ningún caso es aceptable su inmunidad en un Estado de Derecho.

Si esto es así en el caso de los decretos aprobados por la cúspide del poder ejecutivo, más aún lo será cuando descendemos a los distintos niveles de la Administración, muchos de ellos investidos del poder de dictar reglamentos por razones pragmáticas, toda vez que nuestras sociedades necesitan de miles de normas para poder funcionar, quizás por falta de autocontención personal.

BIBLIOGRAFÍA: GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Ley y reglamento en el Derecho público occidental*, IEA, Madrid, 1970. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial,* Cívitas, 1997. Madrid. HIRSEN, *Government by Decree. From President to Dictator Through Executive Orders*, 1999.

2. NATURALEZA Y CONCEPTO DE REGLAMENTO

La heterogeneidad de las normas reglamentarias, que estudiaremos a continuación, aconseja un pronunciamiento prudente sobre la naturaleza de esta potestad, diferenciando su carácter puramente administrativo, en muchos parlamentarismos, de otro más político y constitucional, en contextos presidencialistas. Diferencias notables con proyección de régimen jurídico.

Si calificamos a la potestad reglamentaria de potestad exclusivamente administrativa, aceptaremos la capacidad de control pleno de su ejercicio por los tribunales encargados de fiscalizar a la Administración, lo que no sucede exactamente así en todos los modelos. También proyectaremos sobre la misma las técnicas de

control de la discrecionalidad pensadas para la Administración, lo que igualmente debe ser matizado.

No todas las decisiones normativas del Poder Ejecutivo merecen la consideración de meros reglamentos. Hay que atender al orden constitucional para escalafonar cada Decreto en el sistema de fuentes. En la mayoría de los casos, tendrán rango inferior a la Ley. En algunos excepcionales, sin embargo, podrán llegar a exceptuar la Ley o matizarla por razones de necesidad.

Los reglamentos administrativos son normas jurídicas con rango inferior a la Ley, emanadas de la Administración en sus distintos niveles y formatos. A partir de esta sucinta definición, la variedad de los reglamentos es considerable. Todos ellos, dentro de esta heterogeneidad, se diferencian de los actos administrativos por su carácter innovador del Ordenamiento jurídico, no necesariamente así por su vocación general o abstracta.

Existen manifestaciones del actuar administrativo cuya naturaleza es próxima tanto a los actos administrativos generales como a los reglamentos. Así, por ejemplo, los planes urbanísticos (más próximos a la naturaleza normativa), los pliegos de cláusulas administrativas generales (más cercanos a los actos), las instrucciones normativas de la Administración pública o las convocatorias de oposiciones.

BIBLIOGRAFÍA: ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público,* Cívitas, Madrid, 1996. BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Cívitas, Madrid, 1991. MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, "Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de las convocatorias de oposiciones", *Revista de Administración pública*, núm. 40, 1998. MOROTE SARRIÓN, José Vicente, *Las circulares normativas de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, 2001.

3. CLASES DE REGLAMENTOS

Dejamos fuera de esta categoría de reglamento administrativo los de otras instituciones, comenzando por los reglamentos europeos (cuyo rango prima sobre las leyes estatales) o los reglamentos de las asambleas parlamentarias, así como la potestad reglamentaria de los órganos de gobierno del Poder Judicial. Circunscribiéndonos a los administrativos, los reglamentos pueden clasificarse por su origen o su relación con la Ley.

Por su origen pueden ser: del Gobierno y Administración del Estado; de los poderes regionales o municipales; de entes reguladores; o universitarios. Entes públicos territoriales e institucionales tienen atribuido el poder de dictar normas, como consecuencia lógica del reconocimiento de un grado de autonomía o la

atribución de funciones de ordenación o regulación. También servicios puntuales pueden hacerlo para facilitar su mejor funcionamiento (colegios, bibliotecas, instalaciones deportivas).

En el nivel del Estado, encontramos decretos del Gobierno y de los ministerios. Unos y otros suelen dar forma a los reglamentos, pero no se identifican exclusivamente con estos, pues pueden contener decisiones de naturaleza distinta a la normativa (actos administrativos). Hay decisiones del Gobierno dictadas como Decreto que no son reglamentos, y lo mismo sucede con las órdenes ministeriales.

A nivel regional, reproduciendo el esquema del Estado, se aprueban decretos y órdenes de las consejerías. La misma observación anterior es predicable sobre la forma de los reglamentos, que puede ser coincidente con la de otras resoluciones no normativas.

Las entidades locales, por su autonomía, también disponen de potestad reglamentaria. En los ayuntamientos se ejerce a través del dictado de ordenanzas, aunque asi mismo existen reglamentos de los servicios públicos locales u organizativos internos de la Administración municipal. Deben ser las leyes reguladoras de las competencias municipales las que precisen su alcance.

También las universidades disponen del poder de dictar reglamentos a resultas de su autonomía, proyectándose sobre la aprobación de sus propios estatutos, normas institucionales de gran relevancia, y las regulaciones del servicio que prestan en aspectos organizativos y funcionales (régimen de sus órganos de gobierno y normas sobre ordenación y evaluación de las enseñanzas).

Otras entidades administrativas que pueden dictar reglamentos son los entes reguladores de la economía. Instituciones como los bancos centrales o los entes reguladores en ámbitos como el mercado de valores, las telecomunicaciones o la energía, cuyas normas de creación les atribuyen esta potestad, discutida en su alcance por la doctrina.

Por su relación con la Ley, los reglamentos suelen clasificarse en ejecutivos, organizativos y de necesidad.

Son reglamentos ejecutivos o de desarrollo aquellos que concretan o completan lo establecido en las normas legales. A menudo los conjuntos ordinamentales en materias específicas se encuentran integrados por un tándem de Ley más reglamento (o reglamentos), precisándose las cuestiones de detalle de la regulación en una norma más fácil de adaptar y modificar, por su naturaleza administrativa.

Muchos ordenamientos plantean mayores exigencias procedimentales a los reglamentos ejecutivos que a los de carácter organizativo. Los reglamentos organizativos no tienen necesariamente que cumplir los trámites propios de los de desarrollo, lo que no quiere decir que sean irrelevantes o independientes de la Ley.

La categoría del reglamento independiente es muy discutible en los regímenes parlamentarios.

BIBLIOGRAFÍA: EMBID IRUJO, Antonio, *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, Madrid, 2010. MAGIDE, Aquiles, *Límites constitucionales de las autoridades administrativas independientes,* Madrid, 2000. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2018. TORNOS MAS, Joaquín, "La potestad normativa de las autoridades independientes", *Derecho privado y Constitución*, 2003.

4. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS Y LA CALIDAD NORMATIVA

Algunos ordenamientos administrativos comparados fían el control de la Administración a los tribunales, fiscalizando su actuar *ex post*, cuando las decisiones ya se han tomado y ejecutado. Frente a este esquema, otras tradiciones enfatizan la importancia del procedimiento y las garantías previas a la adopción de las resoluciones, cuidando en particular la posibilidad de defender intereses en los trámites que conducen a la adopción de los reglamentos.

Este énfasis presenta numerosas ventajas para la consideración de todos los puntos de vista, optimizando las decisiones normativas y anticipando proactivamente posibles reacciones por afección de derechos. Amén de incrementar la legitimidad, mejora también la calidad del resultado, un objetivo muy deseable en el contexto de inflación ordinamental y deterioro de la capacidad verdaderamente orientadora de las normas. El procedimiento importa.

No es extraño que las recomendaciones de los organismos internacionales y las experiencias comparadas más exitosas opten por potenciar las garantías de calidad en la elaboración de las normas, contemplando herramientas favorecedoras de la mejora regulatoria. Audiencias públicas, mecanismos de Gobierno abierto, informes interdisciplinares sobre su posible efecto, memorias económicas, análisis de escenarios alternativos e incluso ensayos previos controlados.

Es recomendable realizar cuantas consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad de la norma, incluyendo la utilización de las herramientas del llamado gobierno abierto, para recabar la opinión de los afectados sobre los siguientes extremos: problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma; necesidad y oportunidad de su aprobación, objetivos y posibles soluciones alternativas de regulación. La valoración de opciones diversas es imprescindible.

Uno de los escenarios que conviene manejar en todo caso durante el procedimiento de elaboración de una propuesta normativa es el alternativo de no dictarla, mantener el estado de cosas anterior o corregir mínimamente el marco normativo precedente. A menudo los problemas no se resuelven con nuevas normas, sino que pequeñas intervenciones sobre aspectos de detalle en la ejecución, cambios de percepción o hábito de los destinatarios o los funcionarios públicos.

Si se estima necesario un nuevo reglamento, debe calibrarse su compatibilidad con los principios de la buena regulación, cuidar su integración con el resto de normas vigentes, mediante una tabla de vigencias, y ponderar también qué medios materiales y personales, así como qué transformaciones organizativas y arquitectónicas serán precisas para poder cumplir la nueva norma. Demasiado a menudo se aprueban reglamentos que después no se pueden cumplir.

BIBLIOGRAFÍA: LAVILLA RUBIRA, Juan José, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Madrid, 1991. RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir.), *Mejora regulatoria, descarga burocrática y Pymes*, Ratio Legis, Salamanca, 2014. VÁQUER CABALLERÍA, Marcos, "Auge y problemas de la metaregulación: la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria en la Ley de procedimiento administrativo común", en *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio*, 2017.

5. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO NORMATIVO

La exigencia de un análisis coste beneficio en las decisiones del Gobierno fue regulada por primera vez en Estados Unidos en los años ochenta, mediante orden ejecutiva del Presidente Ronald Reagan. Calcular los efectos previsibles o esperados de cada medida con cierta trascendencia parece de sentido común, pero no marcaba entonces ni caracteriza aún muchas acciones, improvisadas desde el prejuicio u otros sesgos cognitivos.

Hoy, la utilización de indicadores ayuda a determinar con criterios objetivos los resultados de una política pública. Cuando se aprueban normas, es posible apreciar la evolución de datos relevantes correlacionados con la regulación, aunque puedan verse afectados también por otras variables. Un adecuado empleo de la estadística –hoy mejorada por el *Big Data* y la inteligencia artificial– puede ayudar al poder normativo a decidir con fundamento real.

Los estudios de análisis del impacto normativo valoran, en fin, la oportunidad de una propuesta reglamentaria (y sus alternativas), su contenido jurídico, impacto competencial, impacto económico y presupuestario, cargas administrativas que conlleva, impacto de género y aportaciones de las diferentes consultas evacuadas.

Porque cuantas más opiniones se recaban sobre una propuesta de norma, mejor podrán aprovecharse sus aciertos y corregir sus errores.

BIBLIOGRAFÍA: AUBY, Jean Bernard (Ed.), *La evaluación del impacto regulatorio*, Madrid, 2013. BREYER, Stephen, *Regulation and its reform*, 1982.

6. LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Entre los límites formales de la potestad reglamentaria suele ubicarse el análisis del procedimiento de elaboración, que hemos analizado en sus repercusiones sobre la legitimidad y calidad de las normas. Otros límites subrayables son la reserva de Ley, la jerarquía normativa y el respeto de los principios generales del Derecho. Como normas de inferior rango en la pirámide kelseniana, los reglamentos han de respetar todas las situadas en niveles superiores.

La doctrina de la reserva de Ley comporta la exclusión del tratamiento reglamentario de las materias constitucionalmente reservadas al legislador, que debe normarlas debidamente, sin omitir esta responsabilidad o delegarla en el poder ejecutivo. Tanto los derechos fundamentales y las libertades públicas como instituciones básicas del Estado se encuentran entre las cuestiones excluidas del tratamiento reglamentario por este límite, que no excluye cierto grado de colaboración de los reglamentos con las leyes, pero sí proscribe la deslegalización.

Los reglamentos deben respetar por supuesto la Constitución, las leyes y el Derecho supranacional. En principio, las contradicciones normativas se salvan siempre contra los reglamentos, salvo que entre en juego el principio de competencia y nos encontremos –como puede ocurrir– ante normas reglamentarias que regulan cuestiones atribuidas a los poderes autonómicos, locales o universitarios en su propio ámbito. Así sucede, por ejemplo, con el reglamento orgánico de los ayuntamientos, o los estatutos de las universidades.

La importancia de los principios generales como límite a la potestad reglamentaria se demuestra al analizar declaraciones de nulidad de reglamentos por vulnerar la prohibición de la arbitrariedad o el principio de proporcionalidad. La interdicción de la arbitrariedad proscribiría las regulaciones carentes de coherencia o fundamento (v. gr. en el ámbito urbanístico o el económico). El principio de proporcionalidad, como prohibición de exceso, vedaría normas abusivas en sus medios, a la vista de los fines pretendidos.

El principio de inderogabilidad singular se encuentra hoy enunciado en las leyes de régimen jurídico o procedimiento administrativo, allí donde rigen. Se suele formular del siguiente modo: "Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general,

aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas". Pero, como ahora mismo veremos, admite excepciones si están previstas.

Tal principio intenta evitar las dispensas, inaplicaciones de normas generales que pudieran comportar tratos discriminatorios favorables o desfavorables. Incorpora para ello una suerte de rigidez a las normas reglamentarias, en ocasiones contraproducente para la gestión pública, por lo que sería aconsejable salvar sus problemas mediante la previsión expresa, en las propias normas reglamentarias, de la posibilidad de flexibilizar su aplicación para supuestos concretos o en casos apreciados y debidamente motivados por la Administración.

La irretroactividad de las normas reglamentarias es indiscutible en sus efectos desfavorables, no así de forma tan clara cuando pudieran producir un efecto inequívocamente favorable, aunque esta es una cuestión discutida. Pero si una proyección retroactiva benéfica no perjudica ningún derecho o interés (ni público ni privado) difícilmente será discutida o impugnada administrativa o judicialmente por ausencia de legitimación para recurrir.

BIBLIOGRAFÍA: BLANQUER CRIADO, David, *El control de los reglamentos arbitrarios*, Cívitas, Madrid, 1998. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos", *Revista de Administración Pública*, núm.27, 1958. GARCÍA MACHO, Ricardo, *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988. LÓPEZ MENUDO, Francisco, *El principio de irretroactividad de las disposiciones administrativas*, IGO, Sevilla, 1981. PASCUAL MEDRANO, Amelia, "La Ley y el reglamento en el Derecho Constitucional francés, Revista de Estudios Políticos, 106, 1999. REBOLLO PUIG, Manuel, "Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991.

7. INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

Los reglamentos inválidos pueden ser nulos de pleno derecho o anulables. Frente a la tesis de la nulidad radical, se sitúa un enfoque gradualista que aboga por la modulación de las consecuencias de la declaración de invalidez, tesis formulada en la jurisprudencia. En Derecho administrativo, es preciso tener en cuenta toda la serie de efectos producidos por una norma que ha podido ser aplicada durante un período prolongado de tiempo, generando situaciones consolidadas, derechos y expectativas de todo tipo.

La tesis unitaria, partidaria de la nulidad en todo caso (García de Enterría/ Fernández Rodríguez), incluye esta sanción en los supuestos de vicios formales o de procedimiento. Una alternativa a esta drástica aplicación de las consecuencias clásicas de la nulidad es el mantenimiento de los actos resultantes de reglamentos

declarados inválidos, una propuesta que matiza la tesis de la nulidad, explicable desde un principio de conservación, pero elocuente también en cuanto al carácter relativo de la pretendida sanción *ex tunc*.

BIBLIOGRAFÍA: AGOUÉS MENDIZÁBAL, C, "La modulación de los efectos de la invalidez del reglamento", en LÓPEZ RAMÓN, Fernando/VILLAR ROJAS, Francisco (Coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa,* INAP, Madrid, 2017. DOMENECH PASCUAL, G, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970. LÓPEZ RAMÓN, Fernando, ¨La calificación de los vicios de los reglamentos", *Revista de Administración pública*, núm. 205, enero-abril 2018.

8. CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Además de los recursos administrativos, cabe en muchos de los Derechos comparados la revisión de oficio de las normas reglamentarias, aunque por supuesto el poder ejecutivo siempre tiene a su disposición la capacidad de derogar o modificar sus propias decisiones. Las técnicas de evaluación del impacto normativo y de seguimiento en tiempo real de las regulaciones deberían servir para que la Administración controlara los efectos de sus normas.

El control de los reglamentos por parte de los tribunales del orden contencioso-administrativo se articula a través de varios procesos diferenciables, a saber: recurso indirecto, directo y cuestión de legalidad. El recurso directo se interpone frente a la propia norma; el indirecto frente a sus actos de aplicación; y la cuestión de legalidad es planteada por los juzgados de lo contencioso administrativo cuando consideran que un acto es inválido por serlo la norma de la que trae causa, cuyo control corresponde a los tribunales superiores.

Los tribunales no deberían sustituir la discrecionalidad de la Administración en su fijación del contenido de las normas reglamentarias, salvo en casos excepcionales. A menudo encontramos prohibiciones expresas en la Ley para hacerlo, pero si la tutela judicial efectiva no deja otra solución, cabría constitucionalmente. El control judicial de la potestad normativa es predominantemente negativo, pues. consiste en la anulación de los reglamentos que contraríen la Constitución, las leyes o los principios generales del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA: FERNANDEZ SALMERON, Manuel, *El control judicial de los reglamentos,* Barcelona, 2000. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "El control jurisdiccional de la ilegalidad de los reglamentos en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa", *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, núm.

99, 1999. SUAY RINCÓN, José, "El control de la potestad reglamentaria", *Revista Española de la Función Consultiva*, 2016.

9. AUTOREGULACIÓN Y NORMAS TÉCNICAS DE ORIGEN PRIVADO

Al margen del mundo de los reglamentos, pero con un claro afán de suplir parte de su protagonismo y tarea, van adquiriendo cada vez mayor importancia normas sectoriales o de detalle con vocación integradora de ordenamientos legales. Algunas son producidas por sujetos privados, normalmente reconocidos por leyes especiales. Otras lo son por entidades de naturaleza pública, pero con base privada.

Las corporaciones profesionales a menudo ostentan una capacidad de dictar normas a sus asociados reconocida por las leyes. También las federaciones deportivas pueden condicionar y orientar las conductas de sus federados y practicantes, incluso con consecuencias sancionadoras o disciplinarias en el caso de incumplimiento. Estos "reglamentos" no son triviales.

Cada vez son también más los sectores afectados por experiencias de autoregulación o dictado de normas técnicas por sujetos privados. La industria, el autocontrol publicitario, los códigos éticos de los medios de comunicación o los compromisos de responsabilidad social empresarial ponen de manifiesto alternativas a la clásica opción administrativa de dictar órdenes que deben ser cumplidas.

BIBLIOGRAFÍA: ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *La normalización industrial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. ESTEVE PARDO, José, *Autoregulación. Génesis y efectos,* Aranzadi, Pamplona 2002. FONT I LLOVET, Tomás, "La diversificación de la potestad normativa. La autonomía municipal y la autoadministración corporativa", *Derecho privado y Constitución*, 2003. TARRES, Marc, *Normas técnicas y Ordenamiento jurídico,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

10. DERECHO BLANDO

El origen de la expresión Derecho blando o *soft law* se encuentra en el Derecho internacional (Lord McNair, quien fue Presidente de la Corte Europea de Derechos humanos), diferenciándose de un Derecho duro caracterizado por la coactividad, mientras el blando compartiría con los principios la orientación inspiradora y favorecedora de cierta interpretación.

Toda vez que sirve para definir algunos acuerdos interestatales (o las recomendaciones de la Asamblea General de Naciones Unidas), el Derecho blando ha adquirido considerable importancia en el nivel europeo, donde se traduce en instrumentos como las recomendaciones, consultas o dictámenes.

Otros documentos comparten con estas herramientas finalidades orientadoras de futuras decisiones en los poderes públicos, Así, los llamados libros blancos o verdes anticipan normativas o promueven políticas concretas, así como facilitando su aplicación por parte de los operadores jurídicos.

En el ámbito interno de los Estados, también encontramos herramientas jurídicas orientadoras de la conducta con repercusiones nítidas sobre el Derecho administrativo. Así, sucede con los códigos éticos, cuya vocación reguladora no es en absoluto desdeñable.

Otras expresiones de Derecho blando administrativo serían las cartas de servicios, los programas y las directrices. Las cartas de servicios establecen los estándares de realización de prestaciones, pudiendo señalar la diferencia entre el funcionamiento normal y el irregular a efectos de exigir alguna responsabilidad. Los programas, planes y directrices orientan las acciones de los poderes administrativo incrementando la previsibilidad futura de sus decisiones.

BIBLIOGRAFÍA: ALONSO GARCÍA, Ricardo, "El *soft law* comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001. IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac, "Notas sobre el *soft law*", *Actualidad Administrativa*, núm. 8, 2008. SARMIENTO, Daniel, *El soft law administrativo,* Cívitas, Madrid, 2014.

Tema VI

TEORÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO: 1. La Administración pública como poder organizado. 2. El interés jurídico de la organización administrativa. 3. Potestad organizatoria: Titularidad, ejercicio y control. 4. Entes públicos y órganos administrativos. 5. Entes territoriales y entes institucionales. 6. Teoría del órgano administrativo. 7. Clases de órganos administrativos. 8. Relaciones interorgánicas. 9. Principios de la organización. 10. Organización administrativa inteligente del siglo XXI, en red.

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO PODER ORGANIZADO

Varios conceptos pueden ofrecerse de Administración pública, optando por resaltar la actividad administrativa, sus fines o su diseño estructurado en forma de organización. Esta perspectiva nos interesa ahora, pues sin lugar a dudas nos encontramos ante un conjunto de medios personales y materiales, con una serie de cometidos públicos asignados constitucionalmente.

La organización administrativa puede analizarse con las herramientas propias de la ciencia o técnica organizativa general, pero nunca debe pasarse por alto su condición de poder público, dato táctico y jurídico cuyas proyecciones desaconsejan una asimilación a las empresas privadas, si bien es cierta la recíproca influencia de las soluciones estructurales en los dos ámbitos.

Así, la más universal y duradera de las organizaciones, la Iglesia Católica, ha marcado con su impronta el desarrollo de los Estados, cuyos principios organizativos fueron a su vez tomados como modelo por las grandes corporaciones industriales, a principios del siglo XX. Cien años después, el paradigma de la compañía internacional también influye en algunos diseños de agencias públicas.

Y, al mismo tiempo, se siguen estudiando las reglas de los jesuitas en algunas escuelas de negocios, lo que demuestra que las grandes organizaciones se miran unas a otras buscando la clave de su permanencia o éxito de desempeño, copiando incluso modelos ensayados para fines muy diversos de los propios, con mejor o peor resultado dependiendo de varias circunstancias.

Hoy, el poder organizado de la Administración pública tiene una base constitucional, condicionando la Norma Fundamental tanto las estructuras como las estrategias administrativas, en la brillante ecuación de Chandler, perfectamente

aplicable también a las organizaciones públicas, demasiadas veces desconectadas de los propósitos que deben guiarlas.

BIBLIOGRAFÍA: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Organización administrativa* Tecnos, Madrid, 1988. CHANDLER, Alfred, *Strategy and Structure*, 1962. GARCÍA-TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957. MOONEY, James, *Principios de organización*, Madrid, 1958. MORGAN, Gareth, *Imágenes de la organización*, 1990. RAMIO, Carles, *Teoría de la organización y Administración pública*, Tecnos, Madrid, 2010. VON STEIN, Lorenz, *Verwaltungslehre*, 1884.

2. EL INTERÉS JURÍDICO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

En el origen del Derecho público, se consideró la organización administrativa un espacio ajeno a lo normativo. La posterior consideración de su impacto sobre los derechos y las relaciones jurídicas cambiaría esa primera conclusión, aunque todavía se trivializa el interés de las estructuras para el Derecho. Ciertamente, la existencia de unos u otros órganos, las competencias que tienen asignados, los medios a su disposición y, en general, su despliegue, afecta de manera determinante a las posiciones particulares y las libertades.

Por ello, considerar que las decisiones sobre el diseño de la Administración no tienen relevancia jurídica es un grave error. A menudo se afectan situaciones jurídicas como consecuencia de los cambios organizacionales. Derechos, intereses o expectativas pueden ser menoscabados o ampliados dependiendo de la organización. Piénsese en la existencia de unidades de garantía de la igualdad de género en las instituciones, en la importancia de los servicios sociales para atender a las personas más necesitadas o en la diferencia de cobertura de la seguridad o la salud en función de la localización de comisarías u hospitales.

El Derecho europeo nos da buenas muestras del reconocimiento de la importancia de optar por un modelo u otro, cuestionando un pretendido principio de autonomía institucional. La elección de los diseños organizativos afecta a la efectividad de las políticas de integración y los objetivos compartidos por los Estados miembros. El caso de las entidades reguladoras de la economía ofrece un ejemplo del tipo de decisiones que no son indiferentes, desde el punto de vista de la realización de los propósitos de las normas comunitarias. Así, por ejemplo, dotar de mayor o menor autonomía a las agencias puede incrementar su credibilidad y afianzar decisiones a más largo plazo, no tan condicionadas por el criterio político cortoplacista.

BIBLIOGRAFÍA: AGUDO, BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano/PIQUEMAL, Marcel, "Las administraciones nacionales ante la Unión Europea", *Revista Española de Derecho administrativo*, núm.90, 1996. FORSTHOFF, Ernst, *Derecho administrativo*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1956. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derecho general de organización*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Organización y poder de organización*, Iustel, 2009.

3. POTESTAD ORGANIZATORIA: TITULARIDAD, EJERCICIO Y CONTROL

Aunque en ocasiones se minimice su importancia, la adecuada organización de la Administración pública es clave para la realización de los fines públicos y el satisfactorio cumplimiento de las normas. Una estructura bien diseñada contribuye a prevenir contravenciones del Ordenamiento, así como favorece alcanzar los objetivos programados. Si la organización no está a la altura de las circunstancias, la probabilidad del desacierto y el fracaso se incrementan notoriamente.

Toda vez que las fallas estructurales se convierten en frustraciones de los programas de gobierno, parece lógico que se atribuya cierto protagonismo al Poder Ejecutivo a la hora de decidir sobre cómo articular mejor sus estructuras. Tradicionalmente se ha concebido el poder de organización (*Organisationsgewalt*) como una función inherente o propia asociada a la aplicación de la Ley, una característica tarea ejecutiva, por tanto.

Dicho esto, definimos la potestad organizatoria sobre la Administración como el poder de crear, modificar o suprimir estructuras administrativas, ya sea en forma de entes, ya sea en forma de órganos (luego veremos la distinción entre unos y otros, dependiendo de si tienen o no personalidad jurídica). Así comprendida, esta facultad no es exclusiva del Poder ejecutivo, sino que se encuentra razonablemente repartida entre el Legislador y el Gobierno.

En los regímenes en los que la Ley tiene una clara primacía sobre el poder reglamentario del Ejecutivo, no se puede sustraer a las cámaras la capacidad para establecer criterios generales sobre la organización estatal, incluyendo las administraciones públicas. Por varias razones, siendo la principal la vinculación ya mencionada que se aprecia entre decisiones organizativas y realización (o menoscabo) de derechos.

Quizás por ello, muchos constituyentes deciden incorporar a la Norma Fundamental precisiones sobre marcos legales de los órganos administrativos, para que sean creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley. No se atribuye al poder legislativo la competencia para decidir sobre cada estructura, pero sí la misión de ordenar los criterios generales para su articulación organizativa.

Las leyes de organización deben ocuparse de realizar este cometido, para que luego sean los reglamentos los que concreten las decisiones de creación de órganos, incluyendo los de máximo nivel, como pueden ser los ministerios en el Estado. Una relativa deslegalización del ejercicio de la potestad organizatoria es legítima, ya que la rendición de cuentas por el éxito o fracaso de sus opciones se les pedirá a los gobiernos.

Pero siendo trascendente la cuestión de quién ha de ejercer la potestad organizatoria en cada caso, aceptando un necesario y sagaz reparto entre el Legislativo y el Ejecutivo, también lo es determinar el cómo, las condiciones y presupuestos de su ejercicio. No se deben ignorar los perniciosos incentivos para la creación de nuevos órganos: empleomanía y clientelismo político.

Para prevenir tan universales tentaciones, conviene establecer reflexivas cautelas tendentes a garantizar el acierto. Por un lado, debe exigirse la motivación de la necesidad de cada nueva estructura. Por otro, es muy conveniente regular procedimientos orientados a la ponderación de las distintas alternativas o soluciones hasta alcanzar la óptima solución institucional.

Las técnicas aprovechables en tal objetivo son varias. El análisis coste beneficio, con una perspectiva no sólo económica, resulta particularmente apropiado. La motivación comparativa de las ventajas e inconvenientes de cada solución. Todas aquellas cavilaciones documentadas para mostrar la elusión del prejuicio, o la contaminación por intereses ajenos a los públicos a satisfacer.

El Ordenamiento debe poner a disposición de quienes ejercen la potestad organizatoria un *numerus apertus* y extenso de alternativas posibles o modos de gestión, pero también debe garantizar la fiscalización de la discrecionalidad de este poder, evitando con ello su desviación y el intento de conseguir beneficios a costa de incrementar los costes de la organización.

BIBLIOGRAFÍA: BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang, *Die Organisationsgwalt in Bereich die Regierung*, 1964. ERMACORA, "Die Organisationsgewalt", 1958. GARCÍA TREVIJANO, José Antonio, *Principios de la organización administrativa*, Madrid, 1952. NIETO GARCÍA, Alejandro, *La organización del desgobierno*, Ariel, 1990. RIVERO YSERN, Enrique "Potestad organizatoria y actividad organizativa", *Documentación Administrativa*, 1981. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

4. ENTES PÚBLICOS Y ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

Las unidades organizativas de la Administración pueden adoptar una forma jurídica personificada o integrarse en aquella como meros órganos. Los primeros

han de ser creados por Ley, salvo en el caso de las sociedades mercantiles o fundaciones privadas en mano pública. Ya hemos visto que los órganos en cambio son creados, modificados o suprimidos por decisión del Poder ejecutivo.

También la Ley debe ordenar las categorías de los entes institucionales, que se diferencian de los de carácter territorial, cuya naturaleza política les da una mayor relevancia. La correcta ordenación de la Administración instrumental previene excesos de multiplicación de personificaciones, así como la búsqueda de la sujeción a estatutos particulares de las mismas.

A diferencia de los entes, los órganos administrativos carecen de personalidad jurídica. Se integran en los entes públicos (territoriales e institucionales) articulando sus estructuras internas, normalmente en formas piramidales y ordenaciones jerárquicas. En la cúspide se localizan aquellos que son de naturaleza política (gobiernos), descendiendo en sucesivos estratos hasta la base de la organización, de composición eminentemente funcionarial.

Dicho esto, también debe advertirse que en algunas organizaciones administrativas se atribuye a órganos no personificados ciertas capacidades de actuación, con sus propios presupuestos y una relativa autonomía. La Subdelegación del gobierno en una provincia, o una Facultad universitaria, gestionan como órganos, pero al tiempo disponen de sus propios recursos y se coordinan dentro de la Administración matriz (el Estado o la Universidad) en modo de red.

BIBLIOGRAFÍA: GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Principios jurídicos de la organización administrativa,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derecho general de organización*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971. PAREJO ALFONSO, *Luciano, Organización y poder de organización*, Iustel, 2008.

5. ENTES TERRITORIALES Y ENTES INSTITUCIONALES

Los entes territoriales suelen presentar un ámbito competencial mucho más amplio que el característico de los institucionales, marcados por la especialidad de sus fines. Así, aunque también los entes territoriales han de circunscribir territorialmente su actuación, la nota distintiva de los instrumentales suele radicar en los propósitos muy concretos para los que son creados, mientras los territoriales abarcan en sí fines diversos y amplias (aunque también limitadas) competencias.

El vínculo de un Ayuntamiento con su término municipal expresa claramente la naturaleza territorial, acotando las políticas públicas a un espacio predeterminado. Una Universidad, en cambio, puede proyectar sus fines institucionales más allá de

su distrito principal, ofreciendo formación incluso en modos virtuales, alcanzando todo el mundo. Los fines institucionales de la Universidad resultan mucho más circunscritos que los del Ayuntamiento, que no se circunscribe a la prestación de varios servicios públicos predeterminados, sino que puede realizar cuantas tareas puedan contribuir, dentro de la Ley, a mejorar la calidad de vida de los vecinos.

BIBLIOGRAFÍA: NIETO GARCÍA, Alejandro, "Entes territoriales y no territoriales", *Revista de Administración Pública*, núm. 64, 1971.

6. TEORÍA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

La teoría del órgano se construye a partir del Derecho canónico, una de las raíces originales del Derecho administrativo. Para separar jurídicamente la persona física que ocupa una responsabilidad de su identidad institucional se concibe esta idea, útil a los efectos de garantizar la continuidad y certidumbre tanto en la asignación de funciones como de responsabilidades por las decisiones adoptadas.

El origen del concepto está en el *officium*, porque el Derecho canónico considera a la persona física el órgano y al *officium* el centro de imputación de competencias. Sirve tanto para las relaciones externas con terceros como para la relación de servicios interna, atribuyendo a cada uno tareas y un conjunto de medios para el ejercicio de sus funciones.

Son verosímiles las razones por las cuales la Administración pública se estructura en órganos. La principal, disponer de centros de competencias a los que imputar su actividad, permaneciendo en el tiempo, dotando de estabilidad a la organización frente a la mudanza de las personas que ocupan sus puestos, los titulares de los órganos en cada momento.

La comprensión despersonalizada del órgano administrativo es preferible por sus ventajas a la hora de atribuir responsabilidades a la Administración, evitando el dilema de si exigírselas a sus titulares. La disociación de una voluntad objetiva, la del órgano, y otra subjetiva, la psicológica de sus titulares, es no obstante una suerte de ficción esquizofrénica contra la realidad.

La teoría del órgano administrativo es sin embargo válida desde una perspectiva jurídico formal, lo que no evita que se tenga presente el carácter subjetivo del titular, cuidando la exigencia de capacidad, la ausencia de conflicto de intereses y, en los casos más graves, las responsabilidades personales de cada una de los individuos al servicio de la Administración pública.

BIBLIOGRAFÍA: SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, "La teoría del órgano en Derecho administrativo", *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 40, 1984.

7. CLASES DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

Podemos clasificar los órganos administrativos por su composición (diferenciando unipersonales y colegiados), por sus funciones (consultivos y resolutivos) o por su carácter ordinario o extraordinario. Más allá, existen múltiples diferencias entre la naturaleza de los órganos (con o sin participación de sujetos que representen intereses ajenos a la Administración) y diseños concretos.

La colegialidad supone la integración de un órgano por tres o más personas. Sus reglas básicas de funcionamiento se encuentran reguladas en las leyes organizativas de las distintas Administraciones, debiendo garantizar la posibilidad de participación real y distribución de responsabilidades entre los integrantes del órgano, así como las normas clásicas sobre convocatorias, actas, acuerdos, etc.

Una correcta formación de la voluntad del órgano colegiado comporta necesariamente expediente, procedimientos y formalidades, toda vez que sus pronunciamientos no se identifican con las personas integrantes, individualmente consideradas.

Otra de las clasificaciones diferencia órganos superiores y órganos directivos. Los primeros tienen un claro perfil político, derivado de los procesos de elección de representantes, democráticamente legitimados. Los directivos actúan como correa de transmisión y traducción ejecutiva de programas y orientaciones políticas a la organización.

Clásica es la distinción entre órganos consultivos y órganos resolutivos, explicada en la frase "deliberar es el hacer de muchos, y decidir es de uno solo" (Sieyes). De ahí que los encargados de asesorar suelan ser órganos colegiados, mientras los principales órganos ejecutivos tienden a la unipersonalidad. También se diferencian unos y otros por el perfil eminentemente técnico de los consultivos, frente a un carácter político que tienen los más importantes de los resolutivos.

Otra clasificación separa órganos ordinarios y extraordinarios. Los primeros son aquellos que tienen una posición estable y permanente en la organización, mientras los segundos se crean y desaparecen para realizar tareas o cometidos muy concretos y temporales. Una necesidad puntual puede justificar la creación *ad hoc* de un órgano que, desaparecida tal circunstancia, se suprime.

BIBLIOGRAFÍA: CARBONELL PORRAS, Eloisa, *Los órganos colegiados*, 1999. VALERO TORRIJOS, Julián, *Los órganos colegiados*, INAP, Madrid, 2009.

8. RELACIONES INTERORGÁNICAS

La organización administrativa permite una distribución racional de las competencias, funciones y recursos para realizar cada cometido institucional. Tal reparto requiere también de márgenes y posibilidades de versatilidad, pues las necesidades de respuesta a las demandas sociales crecen o decrecen, como varía también la trascendencia de los asuntos en cada caso.

Para atribuir de forma estable o puntualmente una competencia a un órgano superior o inferior existen y se regulan técnicas diversas. Tres muy frecuentes en las relaciones orgánicas son la delegación, la avocación y la delegación de firma. La primera traslada la competencia de arriba hacia abajo en la organización; a la inversa lo hace la segunda, mientras que la delegación de firma produce sólo un desplazamiento formal de la decisión aparente.

Delegar es depositar la confianza para el ejercicio de competencias, que corresponden en principio al órgano superior, en los órganos inferiores. Esta atribución descendente de responsabilidades tiene tanto más sentido cuanto numéricamente más elevadas son las decisiones a adoptar, así como en función del carácter rutinario o repetitivo de tales funciones.

La avocación, en cambio, consiste en la recuperación de la competencia para decidir delegada en el órgano inferior por el superior. En casos particularmente relevantes, ora por sus efectos, ora por su complejidad, el poder puede retomarse de abajo hacia arriba para garantizar un pronunciamiento desde la más elevada de las responsabilidades.

En las relaciones interorgánicas también es posible la encomienda de gestión, especialmente entre órganos de diferentes Administraciones públicas. Cabe utilizar esta figura para las actividades de carácter material o técnico, formalizándose mediante convenio que establezca las condiciones adoptadas por las instituciones que deciden colaborar por esta vía.

BIBLIOGRAFÍA: DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel, "La avocación de la Ley de 1958 a la Ley 30/1992", *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 22, 1995. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, "La delegación de competencias y la encomienda de gestión", *Anuario de Derecho Local*, núm. 1, 1997. MESEGUER, Joaquín, "Dos ejemplos de modulación competencial interorgánica: la delegación y la avocación", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2002.

9. PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN

La Constitución suele contener los principios básicos de la organización administrativa, aquellos que deben inspirar el ejercicio de la potestad organizatoria.

A partir de la experiencia y el saber acumulado sobre las opciones más viables y efectivas, en relación a los objetivos constitucionales, toda Administración pública democrática, dirigida por el Gobierno y al servicio de los ciudadanos, debe organizarse conforme a una serie de criterios básicos.

Comenzando por el principio de jerarquía, una directriz que puede resultar antipática en ocasiones, pero sigue siendo imprescindible para poder localizar responsabilidades y garantizar la efectividad del proceso de toma de decisiones. Los órganos superiores dirigen y ordenan el proceder de los órganos inferiores. Esto no significa que puedan abusar o excederse de tal poder, pero sí que el Ordenamiento localiza en ellos la capacidad de dirigir la organización.

Las implicaciones de la graduación o escalonamiento de los órganos son múltiples, incluyendo entre las más relevantes la capacidad de dictar órdenes, supervisar su cumplimiento y hasta imponer consecuencias disciplinarias en caso de contravención e los inferiores. Jerarquía es también responsabilidad, así que quien responde ha de contar también con la potestad para hacer cumplir sus instrucciones.

En contra de la tópica consideración autoritaria de la jerarquía, para cumplir su auténtico sentido institucional debería basarse en la mayor capacidad y experiencia de las personas realmente cualificadas. Habría de evitarse en todo caso el ascenso de incapaces o inexpertos. La pirámide organizativa ha de situar en los niveles de decisión a quienes reúnan verdaderamente las condiciones para ejercer el mando.

No siempre se cumple esta regla de sentido común, pero al menos contamos con la corrección de la exigencia jerárquica mediante la subordinación real al principio de legalidad, característica inherente a las estructuras administrativas burocratizadas. Las órdenes de los órganos superiores no han de ser obedecidas por los inferiores cuando supongan flagrantes violaciones del Ordenamiento.

Muy relevante es también el principio de eficacia, cuyas repercusiones organizativas se traducen en la necesidad de crear y ordenar estructuras suficientes para realizar las funciones encomendadas. Una organización ineficaz por incapaz es proscrita constitucionalmente, lo que supone una exigencia de creación y mantenimiento de cuantos órganos y entes sean imprescindibles para la correcta prestación de los servicios públicos.

El principio de eficacia requiere tres condiciones de la organización. Ser suficiente, con capacidad de respuesta a las exigencias de cada momento. Ser adecuada, incluyendo una cláusula de progreso para adaptarse a los avances tecnológicos y científicos. Ser informada, manejando indicadores expresivos del contexto en el que ha desenvolverse.

Importante es la eficacia porque la correcta disposición de medios personales y materiales es presupuesto de la consecución de las metas. Lo saben perfectamente

los responsables de las empresas, que invierten sus reflexiones ingenieriles en la búsqueda de una organización perfecta. A menudo los problemas de eficacia derivan de opciones institucionales erróneas, por falta de una instancia organizativa bien perfilada para su propósito.

Más allá del cumplimiento del fin, sin embargo, es preciso intentar alcanzarlo con el menor consumo de recursos posible. Uno de los principales problemas de los modelos organizativos de nuestra Administración se traduce en redundancias y solapamientos, multiplicaciones replicantes de estructuras que duplican o triplican los costes sin mejores indicadores de rendimiento, por la descoordinación consiguiente.

La efectividad de las políticas públicas también depende en gran medida del acierto en el despliegue de las unidades de la Administración. Los desaciertos en relación a las aspiraciones de logro pueden obedecer a diagnósticos poco inteligentes, a medidas mal adaptadas o a soluciones organizativas incapaces de traducir en intervenciones concretas lo necesario para realizar en la práctica derechos e intereses.

El principio de descentralización atiende sobre todo a razones democratizadoras, buscando la proximidad en la toma de decisiones a los ciudadanos, pero también responde a la prevención de las excesivas concentraciones de poder, propias de la centralización, con sus negativas consecuencias económicas y políticas. Presenta dos versiones (territorial o institucional), siendo la primera la que realiza auténticamente la subsidiariedad (regla de aproximación a la persona).

Comparte con el anterior el principio de desconcentración la búsqueda de repartos de tareas equilibrados entre las distintas unidades de la misma organización. Una concentración excesiva de funciones ralentiza y complica el proceso de toma de decisiones, favoreciendo colapsos o ejercicios poco informados de las competencias atribuidas. Las potestades de cada órgano deben ajustarse a sus reales capacidades.

Por último, el principio de coordinación incluye un llamamiento a la prevención de las contradicciones y los desajustes en las líneas de actuación de los distintos entes y órganos administrativos. Las Administraciones públicas deben organizarse y proceder teniendo presente interna y externamente los objetivos y competencias de cada una de las instancias con responsabilidades próximas.

La importancia de la coordinación debe resaltarse por ser la esencia misma de la organización, desarrollando las principales herramientas coordinadoras, cabalmente las que facilitan la circulación de la información en las organizaciones, evitando que se produzcan amisetrías informativas.

Clave para la coordinación es la comprensión e identificación de los objetivos, realizando una propedéutica del actuar administrativo en cada proyecto. La

coordinación fluye cuando los integrantes de una organización asumen sus fines y participan de los mismos. El liderazgo debe asumir la tarea de convencer con buenas razones.

Para conseguir la coordinación, es preciso también señalar prioridades y repartir adecuadamente las funciones entre los distintos integrantes de la organización. Para ello se requiere jerarquía, o al menos capacidad de intervención para prevenir y reparar la descoordinación.

BIBLIOGRAFÍA: ÁLVAREZ RICO, P*rincipios constitucionales de organización de las Administraciones públicas,* Dikynson, Madrid, 1996. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP, Madrid, 1995.

10. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA INTELIGENTE DEL SIGLO XXI, EN RED

Numerosos documentos de instituciones internacionales señalan la necesidad de replantear el sector público en general y la Administración pública en particular. No sólo las consultoras privadas, también recomendaciones de la OCDE o la Unión Europea apuntan en esta línea de asimilación a las estrategias de las empresas más colaborativas. Nuestras estructuras organizativas han de amoldarse a estas indicaciones, pues cada vez más funcionan integrándose en una red europea y global de poderes ejecutivos, compartiendo en objetivos comunes.

Las reformas precisas para interactuar en este nuevo contexto pasan por la innovación, la utilización de las nuevas tecnologías y el incremento de la transparencia, demandas asociadas al desarrollo de una sociedad del conocimiento, marcada por la importancia de una eficiente gestión informativa hacia el interior y el exterior de las organizaciones pública Así se evita una de las tendencias más frecuentes en las estructuras públicas, que es su crecimiento por inercias ajenas a las verdaderas necesidades del servicio, conforme a la Ley de Parkinson

BIBLIOGRAFÍA: ARENILLA SAEZ, Manuel, *Crisis y reforma de la Administración pública*, Netbiblo, 2011. PARKINSON, Cyril Norhtcote, *La Ley de Parkinson*, 1980. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, Madrid, 2013. VALERO TORRIJOS, Julián, *El régimen jurídico de la e Administración*, Comares, 2007. VELASCO CABALLERO, *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, 2010.

Tema VII

LOS AGENTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUMARIO: 1. Autoridades y empleados públicos. 2. Clases de agentes de la Administración y régimen jurídico. 3. Modelos de empleo público. 4. La carrera administrativa. 5. La selección de los empleados públicos. 6. La formación, promoción y provisión de puestos de trabajo. 7. Derechos de los empleados públicos. 8. Los deberes y la evaluación del desempeño. 9. Potestad disciplinaria y ética pública. 10. El ejercicio privado de funciones públicas y la externalización de tareas.

1. AUTORIDADES Y EMPLEADOS PÚBLICOS

Los agentes de la Administración pueden tener un perfil político o profesional. En Democracia, los primeros resultan de los procesos electorales o tras la formación de los gobiernos, en la cúspide del poder ejecutivo. Junto a las autoridades constitucionales, trabajan toda una serie de personas con el estatuto de altos cargos, en una relación de confianza para el diseño de las políticas públicas.

También en ese nivel superior se sitúan funcionarios con responsabilidades directivas, cuerpos de élite del Estado cuya contribución a la estabilidad institucional es decisiva. No es extraño por ello que se produzca una permeabilidad notable entre los puestos políticos y las principales figuras de la burocracia, protagonistas en las labores del Gobierno en uno u otro papel.

A pesar, o quizás por ello, no siempre son sencillas las relaciones entre políticos y funcionarios, autoridades y empleados públicos. Mientras los primeros pretenden realizar su programa político, con un horizonte plurianual limitado, los segundos piensan neutralmente y en más largo plazo, pues ven sucederse los gobiernos y mantenerse en el tiempo la Administración, su ecosistema.

La legitimidad electoral, sin embargo, requiere un alineamiento de los empleados públicos con los objetivos expresados en los planes de gobierno, colaborando en su ejecución con pleno respeto de las normas, advirtiendo a los cargos políticos de las exigencias formales y sustantivas, y manteniendo los debidos controles sin contaminación ideológica o partidista.

Todos los grandes modelos de función pública convergen en el punto de la profesionalización de la carrera administrativa y su relativa separación de la política. En Inglaterra existe una excelente tradición de informes que se han ocupado del

asunto, desde el Informe *Northcote Trevelyan* al Informe *Fulton* y posteriormente el *Nolan*, dedicado a la regeneración de la vida pública.

También en Estados Unidos, tras el asesinato del Presidente Garfield en 1883, se aprobó la *Pendleton Civil Service Reform Act*, creando la *United States Civil Service Commision,* después sustituida por la *Merit Systems Protection Board,* otra agencia dedicada a evitar las tendencias de patronazgo político de los partidos en los procesos de selección de funcionarios, neutralizando así la Administración frente a banderías.

Igualmente, en Francia, la desaparecida *Ecole national d´Administration* forma grandes técnicos al servicio del Estado, como lo hace la *Universitat Speyer* en Alemania, o el Instituto Nacional de Administración Pública en España. De estos centros de formación salen excelentes profesionales, algunos de los cuales terminan dedicándose a la liza política y asumiendo cargos públicos representativos.

Por muchas razones, el papel de los funcionarios en las transiciones políticas y reformas administrativas es crucial, dada su condición de servidores del Estado y por ser los mejores conocedores de las necesidades cotidianas y las circunstancias reales de ejecución de sus tareas. La burocracia no debe contraponerse a la Democracia, pero ésta tampoco puede prosperar sin aquélla.

BIBLIOGRAFÍA: BELTRÁN VILLALBA, Miguel, *La élite burocrática española*, Fundación Juan March, 1977. CATERING, Robert, *Le Fonctionnaire francais*, París, 1973. CHAPMAN, Richard, *The Higher Civil Service in Britain*, London , 1970. FUENTETAJA PASTOR, Jesús, *Pasado, presente y futuro de la función pública,* Cívitas, 2013. GUILLÉN CAMARES, Javier, *La regeneración de la Administración pública en Gran Bretaña*, Civitas, 1997. RAMIO, Carles, *La extraña pareja. La procelosa relación entre políticos y funcionarios*, 2012. NIETO GARCÍA, Alejandro, *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1984.

2. CLASES DE AGENTES DE LA ADMINISTRACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO

Autoridades son, como ya hemos explicado, los cargos electos y quienes asumen las responsabilidades de Gobierno en cada nivel administrativo. Están sujetos a un régimen peculiar, privilegiado en muchos aspectos, pero también restrictivo en otros relativos a la prevención de posibles conflictos de intereses y circulación sucesiva del sector público al privado, la llamada puerta giratoria.

Todas las organizaciones administrativas necesitan en los más altos niveles gabinetes o grupos de asesores de la confianza de los responsables políticos. Para vincular a estos colaboradores se prevén distintas modalidades de contratación,

todas ellas de carácter eventual porque es lógico su cese junto al de la autoridad electa a la que asisten. Su existencia es comprensible, siempre y cuando no propicie abusos.

Otra figura de confianza, pero con un perfil más profesional y mayor vocación de estabilidad, es la de los directivos públicos. Regulados en cada vez más leyes de funcionarios, obedecen a la necesidad de especializar determinadas labores de liderazgo en la Administración pública, despolitizándola, pero sin asignarlas a burócratas por pura carrera administrativa o mérito.

Son funcionarios públicos de carrera aquellos que, sujetos a un régimen de Derecho administrativo, mantienen con el Estado una relación de servicios estatutaria y permanente. Normalmente han de ser seleccionados mediante procedimientos objetivos, en función de su mérito y capacidad, y no pueden ser removidos de sus puestos salvo por grave incumplimiento de sus obligaciones.

La realidad práctica de los recursos humanos en las organizaciones administrativas explica la existencia de personas ocupando puestos de funcionarios, sujetos a buena parte de su estatuto, pero sin haber ganado la plaza de forma definitiva. Son los llamados interinos o provisionales, según la terminología legal aplicable en cada país. Debieran serlo por tiempo limitado, pero a veces sus periodos se extienden patológicamente.

También por razones pragmáticas, se expande una tendencia hacia la laboralización del empleo público, en los más variados sectores. Todas aquellas tareas que no comporten el ejercicio de autoridad pueden ser desarrolladas por laborales, cuyo régimen jurídico presenta tanto ventajas desde el punto de vista de la flexibilidad como particulares derechos, próximos a los de los trabajadores privados.

Episódicamente, pueden también ser agentes de la Administración colaboradores puntuales, actuando como funcionarios de hecho o asumiendo tareas que, en circunstancias normales, corresponderían a los empleados públicos. En estos casos sus actuaciones se ven parcialmente sujetas al Derecho administrativo, incluyendo la posible exigencia de responsabilidades patrimoniales por los daños causados.

BIBLIOGRAFÍA: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, "Los falsos empleados públicos. El personal eventual", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34. 2013. LÓPEZ, José, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones públicas*, Sevilla, 1995. MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Derecho de la función pública*. Tecnos, 1999. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "Los directivos públicos. Análisis comparado", *Cuadernos de Derecho local*, núm. 19, 2009.

3. MODELOS DE EMPLEO PÚBLICO

Tradicionalmente se ha planteado un binomio radical en el diseño del modelo de empleo público, confrontando el llamado *Spoil System* o sistema de botín, por un lado, y la meritocracia, por otro. El éxito de los modelos profesionalizados en todos los países desarrollados convierte este planteamiento dialéctico en un residuo histórico, pues desde el siglo XIX prevalece decididamente la meritocracia.

Por supuesto, no todos los Estados presentan el mismo grado de reconocimiento real de los principios de mérito y capacidad en el acceso y la promoción dentro del empleo público. Todavía en muchos lugares priman las relaciones personales o la filiación política a la hora de ocupar un puesto de trabajo en la Administración. Pero ni en Alemania, ni en Estados Unidos, ni en Francia, ni en España, ni en general en el mundo desarrollado es así.

Frente al clientelismo o el patronazgo, se impusieron el siglo pasado los principios de mérito y capacidad. En nuestros días, las organizaciones administrativas se plantean también la necesidad de incorporar y retener talento, así como actitudes innovadoras que contribuyan a la mejora continua de sus procesos y a la realización de sus objetivos con iniciativa y compromiso.

BIBLIOGRAFÍA: FERRARO, Agustín, *Reinventando el Estado. Por una Administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*, INAP, Madrid, 2009. FUENTETAJA PASTOR, Jesús, *Pasado, presente y futuro de la función pública*, Cívitas, Madrid, 2013. SANCHEZ MORON, Miguel, *Derecho de la función pública*, Tecnos, 2012.

4. LA CARRERA ADMINISTRATIVA

En el papel de la Ley, mayoritariamente, se observa la generalización de la apuesta por la carrera administrativa, el intento de neutralización del patronazgo y la empleomanía, optando paulatinamente por modelos profesionalizados. Primero se realiza en puestos clave, como la recaudación fiscal, luego se extiende a toda la organización. Los países en vías de desarrollo han comprendido que esta reforma administrativa es clave para el éxito de las demás.

El reconocimiento internacional de la carrera administrativa como línea de transformación institucional en la buena dirección va favoreciendo la consolidación de estos modelos, aunque la cultura organizativa requiere mucho más tiempo para el cambio, manteniéndose además riesgos de involución, dados los perniciosos incentivos del clientelismo y las tentaciones de ocupación partidista.

Como principales aspectos del adecuado diseño de una carrera administrativa señalaremos la selección, la promoción, la formación y la protección del profe-

sional funcionario. Reclutar a los mejores, ascender a los más capaces, formarlos permanentemente y protegerlos frente a las agresiones internas y externas. También garantizar la neutralidad del funcionario, presupuesto de la objetividad administrativa.

Por último, conviene recordar los vínculos entre carrera funcionarial, desarrollo y prevención de la corrupción. El fulcro del principio meritocrático puede inmunizar a quienes acceden por este sistema, especialmente si han tenido que realizar un esfuerzo personal considerable para lograrlo. Cuando han ganado su puesto con ese sacrificio, no están dispuestos a arriesgarlo tan fácilmente, sucumbiendo a las tentaciones.

BIBLIOGRAFÍA: ARROYO YANES, Luis Miguel, *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. CASTILLO BLANCO, Federico, *La carrera de servicio público*, Madrid, 2006. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Instituciones administrativas y prevención de la corrupción*, UIMP, Granada, 2005.

5. LA SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Me he manifestado reiteradamente en favor de potenciar el principio meritocrático en el acceso a la función pública, por sus positivas repercusiones sobre el funcionamiento de la Administración, así como por sus efectos incentivadores del esfuerzo en la sociedad, invitando a los jóvenes mejor preparados a convertirse en servidores públicos. Es la mejor tradición compartida por los modelos de referencia.

Cuál sea el mejor modo de realizar esta idea, captando a los más capaces para el empleo público, resulta más difícil de señalar. Históricamente y hasta hoy utilizamos oposiciones y concursos, ora basados en el talento acreditado en pruebas concretas, ora en la hoja de vida académica y profesional de los aspirantes, o una muestra de ambas. Los exámenes o pruebas deben seguir presidiendo la selección de los funcionarios.

Ahora bien, cabe utilizar otros criterios o técnicas para seleccionar a los mejores. Para ello sería preciso predeterminar el perfil del empleado público requerido, las competencias que debe mostrar, las actitudes psicológicas necesarias, incluso su resistencia física en algunos casos. No todo ello se puede despejar comprobando conocimientos, también importan las habilidades y el carácter. Las pruebas habrían de servir para poner de manifiesto las capacidades reales de cada aspirante, en comparación con los otros.

En algunos casos y para puestos de muy particular confianza puede ser aceptable el discrecional método de la libre designación, con su consecuencia asociada de la libre remoción, pero conviene prevenir abusos de esta figura, pues lo que

debería ser excepción a menudo se normaliza pervirtiendo la carrera y contaminando la necesaria neutralidad de los profesionales.

BIBLIOGRAFÍA: ARROYO LLANES, Luis Miguel, "La carrera profesional y la evaluación del desempeño de los funcionarios públicos", *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 45, 2012. FUENTETAJA PASTOR, Jesús, F*unción Pública Comunitaria, Marcial Pons*, 2000. PALOMAR OLMEDA, Alberto, *La selección de los funcionarios públicos*, Aranzadi, 2010. RIVERO ORTEGA, Enrique, *El acceso a la profesión y a la función pública docente,* INAP, Madrid, 2015.

6. LA FORMACIÓN, PROMOCIÓN Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

También en el diseño de la promoción, existe un debate sobre el perfil del funcionario, si lo que buscamos son conocimientos, resultados o aptitudes, proyectado sobre el tipo de criterios a aplicar en la evaluación del desempeño. Desde mi punto de vista, habría de ser tenida muy en cuenta la formación permanente y la capacidad del funcionario de adquirir nuevas destrezas y reforzar las que necesita.

Por supuesto, la antigüedad debe ser uno de los criterios de promoción en todo diseño adecuado de carrera administrativa y promoción. No como único ni excluyente principio, pero sí desde el reconocimiento de que la experiencia hace al experto, admitiendo que es muy difícil dominar el arte de la administración, en cualquiera de sus vertientes, con menos de diez años de ejercicio profesional.

Lo que es claro es que no basta con seleccionar personas capaces, es preciso asegurar el mantenimiento de esas condiciones de capacidad, para lo cual debe resaltarse la importancia de la actualización constante, más aún en sociedades del conocimiento cada vez más exigentes con los saberes de los profesionales.

BIBLIOGRAFÍA: BELTRÁN, Miguel, "La formación y los empleados públicos", Revista Española de Investigaciones Sociológicas, núm.77, 1997. JIMENEZ ASENSIO, Rafael, "La formación de los empleados públicos tras el EBEP. Cambio de paradigma", *Revista Vasca de Administración Pública*, 2010. MOHAMED VÁZQUEZ, Rashid, "La formación de los empleados públicos desde el punto de vista jurídico y organizacional: dos perspectivas necesariamente entrelazadas". *Revista Vasca de Administración pública,* 2017.

7. DERECHOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

El estatuto de autoridades y empleados públicos comporta diferentes conjuntos de derechos y deberes, pero existen puntos de unión que aquí resaltaremos en

varios aspectos. Las retribuciones e incompatibilidades responden a lógicas similares, como también parte del régimen de responsabilidades, salvo en las de tipo disciplinario, donde presentan algunas diferencias.

Entre los derechos, la inamovilidad o garantía del puesto es una de las claves de la carrera administrativa, imprescindible en una Administración relativamente despolitizada, entendiendo este carácter como ajeno a las influencias de partidos determinados, orientada siempre a la satisfacción del interés público y no a los propósitos personales de las autoridades

Las retribuciones ocupan un lugar central en el capítulo de derechos, sobre todo en la perspectiva de los empleados, para quienes el reconocimiento de su trabajo ha de ser en primer lugar económico. Una función pública bien pagada y profesional suele dar excelentes resultados, mientras que las carencias en este punto explican otros fallos apreciables donde los sueldos de los funcionarios son míseros.

La corrupción en los niveles inferiores de la Administración pública se multiplica cuando los agentes no perciben salarios acordes con sus necesidades vitales, incluyendo las de sus familias. El empleado público que percibe un sueldo digno no puede esgrimir la necesidad como explicación de una conducta indebida. Así que la mejora de las condiciones económicas debe formar parte de cualquier reforma efectiva.

Se han ampliado los derechos de los empleados públicos en aspectos como la conciliación de la vida familiar y personal, la formación o el respeto de la intimidad. Ya no se debe reclamar como hace años del funcionario un comportamiento moral o estético concreto. Simplemente que actúe como ciudadano respetuoso de las leyes y considerado con las demás personas, lo cual es suficiente.

Polémicos han sido y siguen siendo en algunos ordenamientos los derechos de sindicación, participación política, manifestación o incluso la libertad de expresión de los empleados públicos. Aún determinados colectivos tienen marcadas prohibiciones constitucionales al ejercicio de estas libertades, no pudiendo pertenecer a partidos políticos o sindicatos como el resto de los trabajadores.

En algunos casos, por supuesto, tales límites pueden estar justificados. Así sucede con los militares o los jueces, a quienes suele reconocerse la posibilidad del asociacionismo, pero se condicionan otras libertades, como las de manifestación o huelga. El orden público y la garantía de los servicios públicos son las justificaciones de un estatuto peculiar, aunque cada restricción ha de ser proporcionada.

Entre los derechos, también debe incluirse la promoción y provisión objetiva de puestos de trabajo, porque todo empleado público debe ver reconocidos sus esfuerzos mediante los ascensos que evidencien la adquisición de mayor expe-

riencia, por la antigüedad, o habilidades, mediante la capacitación. La formación constante para el progreso de su inteligencia es un derecho y una obligación del funcionario.

BIBLIOGRAFÍA: CASTILLO BLANCO, Federico, *El sistema retributivo de la función pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2000. SALA FRANCO, Tomás, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanhc, Valencia, 1995.

8. LOS DEBERES Y LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

Los deberes de los empleados públicos tienen por supuesto su resumen en la idea de servicio objetivo a los intereses públicos, cumplimiento de sus tareas conforme a las instrucciones legales de sus superiores y satisfacción adecuada de las necesidades bajo su competencia, con escrupuloso respeto a los bienes públicos y consideración deferente hacia las personas que atienden, sean o no ciudadanos.

Algunos de estos deberes se encuentran formulados en códigos éticos que completan como ya advertimos en temas anteriores la legislación funcionarial. Su naturaleza de Derecho blando no obsta el papel que pueden desarrollar integrando la interpretación de los tipos disciplinarios, aunque sirven sobre todo para resaltar valores y actitudes que identifican el arquetipo del empleado público.

Otras obligaciones se traducen en prohibiciones de situarse ante potenciales conflictos de intereses. El deber genérico de abstención, regulado por las normas de procedimiento, y los regímenes de incompatibilidades, ante la constante tentación de confundir el servicio público con negocios particulares lucrativos, favoreciendo la corrupción en detrimento de la objetividad y la buena administración.

Supervisar el adecuado cumplimiento de estos deberes requiere herramientas eficaces de seguimiento del desempeño de cada empleado. Estas evaluaciones, con distintos regímenes, se están generalizando en los modelos comparados, asignando a su resultado consecuencias múltiples de carrera administrativa, retributivas o, en algún caso, de exigencia de responsabilidades.

BIBLIOGRAFÍA: GARCÍA MACHO, Ricardo, *Secreto profesional y libertad de expresión del funcionario público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. FORTES GONZÁLEZ, Ana Isabel, *Responsabilidad de autoridades y funcionarios*, INAP, 2014. GALLARDO CASTILLO, Maria Jesús, *La potestad disciplinaria de la Administración pública*, Aranzadi, 2015. GIL CREMADES, Rafael, *La imparcialidad en la función pública*, Reus, 2008 RASTROLLO SUÁREZ, Juan José, *Evaluación del desempeño en la Administración: Hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público, Tirant lo Blanch, Valencia,* 2018.

9. POTESTAD DISCIPLINARIA Y ÉTICA PÚBLICA

Las obligaciones de las autoridades y empleados públicos también se refuerzan mediante un sistema de responsabilidades que pretende ser completo, aunque por su diversificación a veces plantea problemas de efectividad. Para ambos se prevén responsabilidades penales, contables y administrativas o patrimoniales. Los empleados públicos están además sujetos a la potestad disciplinaria, una herramienta de garantía del correcto proceder, que permite reaccionar cuando el funcionario actúa contra las normas.

Así, las leyes establecen el catálogo de infracciones, más o menos graves, y las sanciones asociadas a su comisión. También deben establecer garantías para evitar una utilización de los poderes punitivos en desviación de poder o uso alternativo del Derecho, disfrazando de represión de incumplimientos venganzas políticas o controversias puramente personales. Tan importante es afianzar la realización de los deberes, como proteger a los funcionarios contra condicionamientos abusivos.

BIBLIOGRAFÍA: DÍAZ ARIAS, Ángel, *Ética pública y Derecho disciplinario policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. GALLARDO CASTILLO, María Jesús, *La potestad disciplinaria*. Aranzadi, 2015.

10. EL EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PÚBLICAS Y LA EXTERNALIZACIÓN DE TAREAS

No todos los agentes de la Administración son empleados públicos. Muchas de sus tareas son encomendadas a particulares a través de distintas técnicas de asignación de actividades materiales, siempre supervisadas y bajo la responsabilidad última de los órganos competentes, pero ejecutadas por estos privados en posición de concesionarios, contratistas o colaboradores del Estado.

Los concesionarios pueden ser habilitados para el ejercicio de algunas funciones administrativas rayanas en el ejercicio de potestad, tales como el mantenimiento del orden en los servicios públicos concedidos. Por ello su situación puede aproximarse a la de los funcionarios, si bien carecen de la condición de autoridad propia de estos y por tanto de sus caracteres estatutarios.

Algo similar, aunque en menor medida, puede predicarse de los contratistas, agentes indirectos en la ejecución de las labores administrativas. En último término, el resultado de su acción debe ser asumido por los órganos contratantes, de modo que su participación en la gestión pública es siempre mediata o indirecta, aunque puedan dilucidarse sus responsabilidades ante la Jurisdicción administrativa.

Otras figuras de colaboración plantean mayor dificultad de pronunciamiento por la naturaleza no lucrativa de las organizaciones y el tipo de actividad concreta que realizan, claramente identificada con los fines públicos. Así sucede, por ejemplo, cuando la Administración recurre a las organizaciones no gubernamentales, o a fundaciones privadas, para realizar algunos de sus objetivos.

Pensemos en los modelos de autoadministración presentes en numerosos ámbitos. Desde las comunidades de regantes, las corporaciones profesionales, las cámaras de comercio, las federaciones deportivas. Quienes son responsables en estas organizaciones participan de la realización de intereses comunes que atañen también a la sociedad en su conjunto, luego actúan en cierto modo como administradores.

El debate sobre los espacios no externalizables o privatizables es por ello complejo. El ejercicio de autoridad debería descartarse de este tipo de modelos, como también habrían de descartarse los servicios públicos más sensibles, pero qué duda cabe que la objeción no es tanto por la condición privada de los potenciales agentes como por la búsqueda del lucro que puede presidir su actuación.

BIBLIOGRAFÍA: BERMEJO VERA, José, "Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares", *Revista Aragonesa de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2002. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1973. GONZALEZ VARAS, Santiago, *El Derecho administrativo privado*, Montecarlo, 1996. MARTIN RETORTILLO, Sebastián, "De las comunidades de regantes a las comunidades de usuarios de las aguas públicas", *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 21, 1995.

Tema VIII

LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL

SUMARIO: 1. Gobierno y Administración. 2. La estructura ministerial: orígenes, ventajas e inconvenientes. 3. Los órganos superiores y directivos. 4. El aparato administrativo de los ministerios. 5. Las estructuras periféricas. 6. De la Administración única a la racionalización de CORA.

1. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

La Constitución española deslinda en varios de sus preceptos Gobierno y Administración, siendo el primero quien dirige la segunda. La naturaleza política propia del Consejo de Ministros es compatible con sus muchas funciones administrativa, sin perjuicio de que muchas de sus decisiones presenten cualitativamente un carácter distinto, no perfectamente sujetas al mismo régimen de la Administración.

Este carácter no obsta la sujeción de sus decisiones a las reglas básicas del Estado de Derecho (acatamiento del orden constitucional, respeto de los derechos fundamentales, responsabilidad de los poderes públicos y rendición de cuentas), así como a una serie de principios de buen gobierno, que lo son también de buena administración, reflejados en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Dos leyes distintas se ocupaban respectivamente de regular los aspectos más relevantes de cada una de estas instituciones, tan imbricadas. Por un lado, la 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (modificada por la Ley 40/2015); por otro, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (sustituida también por la Ley 40/2015). Esta separación sigue denotando el reconocimiento de un régimen diverso.

La primera de las dos normas, dedicada al Gobierno, regula su composición, organización y funciones; los órganos de colaboración y apoyo (secretarios de Estado, Comisión General de secretarios de Estado y Subsecretarios, Secretariado del Gobierno), el estatuto de los miembros, secretarios de Estado y directores de los gabinetes, el papel del Gobierno en funciones y, finalmente, la iniciativa legislativa, la potestad reglamentaria y el control de los actos del Gobierno (contenidos afectados por la Ley 40/2015, de 1 de octubre).

Por otro lado, la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, dedica su Título primero a la Administración General del Estado, enunciando una serie de principios y competencias de organización y funcionamiento y regulando los

órganos centrales, los territoriales y periféricos, así como de los organismos públicos (sector público institucional), que estudiaremos en el tema dedicado a la Administración instrumental.

BIBLIOGRAFÍA: BASSOLS COMA, Martín. "Buen gobierno, ética y altos cargos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015. CARRILLO, Marc, "la Comisión general de secretarios de Estado y subsecretarios", *Gobierno y Constitución*, 2005. GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier, *Estudios sobre el Gobierno*, INAP, Madrid, 2007. PAREJO ALFONSO, Luciano, "Gobierno y Administración pública en la Constitución", *Berceo*, núm. 145, 2003.

2. LA ESTRUCTURA MINISTERIAL: ORÍGENES, VENTAJAS E INCONVENIENTES

Los ministerios tienen su antecedente en la creación de las secretarías de Estado y despacho. Posteriormente, el modelo de la Administración napoleónica influiría sobre los desarrollos administrativos decimonónicos españoles, consolidando la impronta piramidal y estructurada en divisiones departamentales, con grandes líneas de política pública atribuidas.

Desde entonces hasta nuestros días, quienes se sientan en el Consejo de ministros son a su vez los titulares de las carteras correspondientes a distintas ramas de la Administración, manteniéndose un núcleo duro de ministerios clásicos (asuntos exteriores, interior, defensa, economía...) y variando otros, en función de las prioridades en la acción de gobierno.

Así, la creación de un Ministerio sobre determinada materia (verbigracia, vivienda, igualdad o medio ambiente) demuestra el protagonismo que quiere concedérsele, generándose en algunos casos polémicas, ora por la falta de sustancia apreciada por los críticos, ora por la eventual invasión de competencias autonómicas en otros, pues el Estado retiene sólo parte de las líneas de intervención.

En todo caso, la ventaja de este diseño es la relativa especialidad en la intervención, aunque algunos ámbitos se mueven de unos ministerios a otros (fomento, medio ambiente, asuntos sociales, inmigración), porque son realmente las direcciones y subdirecciones generales las unidades organizativas especializadas en líneas concretas de intervención administrativa.

Podrían plantearse alternativas organizativas que separaran mejor los gabinetes de diseño de las estrategias de política pública de las unidades administrativas, a las que podría así conferirse mayor estabilidad, siempre deseable para darle continuidad y garantizar la memoria institucional del Estado. Esta función de puente, en cualquier caso, la vienen desarrollando los grandes cuerpos de la Ad-

ministración, principalmente los técnicos de Administración civil y los abogados del Estado.

BIBLIOGRAFÍA: ESCUDERO, José Antonio, *Los secretarios de Estado y del despacho*, Madrid, 1969. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración española*, Alianza, Madrid, 1972. PÉREZ DEL CANAL, Miguel Ángel, "La estructura ministerial entre 1833 y 1978", *Anuario de Historia del Derecho español*, núm.77, 2007.

3. LOS ÓRGANOS SUPERIORES Y DIRECTIVOS

El artículo 55 de la Ley 40/2015, considera órganos superiores en la organización central a los ministros y secretarios de Estado, calificando en cambio como órganos directivos a los subsecretarios, los secretarios generales, los secretarios generales técnicos, los directores generales y los subdirectores generales. En la organización territorial o periférica se consideran también órganos directivos a los delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, con rango de Subsecretario, y los subdelegados del Gobierno en las provincias, a los que se les atribuye el rango de Subdirector general.

La diferencia entre órganos superiores y directivos es de rango. A los primeros corresponde establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad, mientras los segundos han de desarrollar y ejecutar tales planes y programas. Los directivos son ejecutivos, mientras los superiores marcan la estrategia y delinean verdaderamente las directrices a ejecutar. Unos y otros tienen en común, no obstante, su condición de alto cargo, salvo los subdirectores generales.

A partir de la Ley 40/2015, de 2 de octubre, se generaliza la exigencia de nombramiento atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, un principio sentado en la LOFAGE para la elección de los directores generales, a quienes se requiere la condición de funcionarios de grupo A (cuerpos que exigen titulación académica de licenciado, graduado, ingeniero, arquitecto, Doctor o equivalente), salvo contadas excepciones.

Cierto es, sin embargo, que tanto los ministros como los secretarios de Estados, esto es, los órganos superiores, siguen siendo personalidades con un perfil tan técnico como político. Junto a excelentes y muy reconocidos profesionales, con años de experiencia y competencia plena, participan en ocasiones del Gobierno de España personas con reducido *curriculum vitae*, más allá de la vinculación a un partido o la amistad.

BIBLIOGRAFÍA: MARTÍN REBOLLO, Luis, "Ante la reforma administrativa: los ministros y otros órganos del Gobierno", *Documentación Administrativa*, núm. 188, 1988.

PASCUA MATEO, Fabio, "Los secretarios de Estado", *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 2, 2004. ROMÁN MASEDA, Laura, "Política, Administración y secretarios de Estado", *Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, núm. 1, 1995.

4. EL APARATO ADMINISTRATIVO DE LOS MINISTERIOS

La organización interna de los ministerios es descrita en el artículo 58 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su Título I dedicado a la Administración General del Estado. En cada ministerio pueden existir o no secretarías de Estado y/o secretarías generales, unas y otras para la gestión de sectores de actividad administrativa. De ellas dependerán los órganos administrativos que se les adscriban.

Dos figuras comunes a todas las estructuras ministeriales son las de los subsecretarios y secretarios generales técnicos. Los primeros ostentan la representación ordinaria del Ministerio, dirigen los servicios comunes y ejercen múltiples competencias sobre el personal o el presupuesto; los segundos, bajo la dependencia de los anteriores, tienen competencias relativas a la producción normativa, asistencia jurídica y publicaciones, sin perjuicio de otras que se les puedan atribuir.

Las áreas funcionales se estructuran en direcciones generales y estas, a su vez, en subdirecciones generales. Son los niveles inferiores de una pirámide administrativa que se prolonga en múltiples servicios integrados por funcionarios de todas las categorías.

BIBLIOGRAFÍA: MENÉNDEZ REXACH, Ángel, "Organización central de la Administración general del Estado", *Documentación Administrativa*, núm. 246, 1996. MORELL OCAÑA, Luis, "Los servicios centrales en la LOFAGE", *Documentación Administrativa*, núm.246, 1996. SANTOS GANOA, David, "La Secretaría General Técnica: evolución de un órgano característico en la Administración General del Estado", *La Ley*, núm.4, 1997.

5. LAS ESTRUCTURAS PERIFÉRICAS

Los delegados del Gobierno en las Comunidades autónomas, previstos en la Constitución, representan al Gobierno de la Nación en el territorio de cada Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la representación ordinaria del Estado en las mismas a través de sus respectivos presidentes.

Los subdelegados del Gobierno se nombran en cada provincia, bajo la dependencia inmediata del Delegado del Gobierno en la respectiva Comunidad, para el desempeño de funciones de comunicación, cooperación y coordinación de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos con la Comunidad Autónoma y las entidades locales en su territorio.

BIBLIOGRAFÍA: ARENILLA SÁEZ, Manuel, *Modernización de la Administración periférica*, **INAP, Madrid, 1991.** ROCA ROCA, Eduardo, "Los subdelegados del gobierno y la nueva organización territorial de las provincias en España", *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 14, 1996. SARMIENTO ACOSTA, Manuel Jesús, *La organización de la Administración periférica*, Madrid, 1997. URETA DOMINGO, Juan Carlos, "El Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.5, 1983.

6. DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA A LA RACIONALIZACIÓN DE CORA Y LAS TRECE PROPUESTAS DE 2021

Ya desde mediados del siglo pasado, las propuestas de reforma y modernización de la Administración española se han sucedido en el tiempo, con el común objetivo de incorporar a nuestro país las principales tendencias del contexto internacional de referencia, entonces el del mundo occidental, hoy el marcado por la OCDE y la Unión Europea. Primero serían los tecnócratas de López Rodó, y en Democracia los sucesivos gobiernos.

También desde otras instancias se plantearon propuestas, como la denominada Administración única en los 90, formulada por Manuel Fraga. La reducción de las estructuras periféricas del Estado debido al despliegue y la creciente presencia de las Administraciones autonómicas sería un efecto de esa línea de reformas, con las que podrían identificarse en cierto modo algunas de las reducciones propuestas por la Comisión de Reforma de la Administración Pública (CORA): 218 medidas, 119 de las cuales proponían eliminar duplicidades con las Comunidades Autónomas, en particular, mediante la supresión o integración de 57 entidades estatales.

Un documento editado por el INAP desarrolla trece propuestas para la reforma de la Administración del Estado: 1. Adoptar el modelo de gestión de las agencias estatales; 2. Gestionar por proyectos desde el marco de los fondos europeos; 3. Profesionalizar la dirección pública; 4. Articular un modelo de colaboración público-privada; 5. Evaluar los programas y políticas públicas; 6. Profesionalizar la contratación pública; 7. Gobernanza del dato (gestión pública inteligente); 8. Simplificar la regulación; 9. Fortalecer el gobierno abierto y la integridad institu-

cional; 10. Ampliar un nuevo modelo de empleo público; 11. Repasar la selección; 12. Modelo de carrera basado en cualificaciones profesionales; 13. Prever y corregir la alta temporalidad en el empleo público.

BIBLIOGRAFÍA: FRAGA IRIBARNE, Manuel, *Administración única: una propuesta desde Galicia*, Planeta, 1993. INAP, *Administración pública 2032*, Madrid, 2013. NIETO, Alejandro, "Informe de 2013 de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas", *Mediterráneo económico*, núm.25, 2014. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *La Administración única en el marco constitucional*, Santiago de Compostela, 1993. SEVILLA, Jordi (Dir.), *La reforma de la Administración General del Estado*, 2010. VALERO IGLESIAS, Javier, "Elementos para una reflexión sobre la Administración General del Estado", *Documentación Administrativa*, núm. 286, 2010.

Tema IX

LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

SUMARIO: 1. Gobierno y Administración autonómica. 2. La estructura de consejerías: orígenes, ventajas e inconvenientes. 3. Los órganos superiores y directivos. 4. El aparato administrativo de las consejerías. 5. Las estructuras periféricas autonómicas. 6. La delegación en las entidades locales.

1. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

Los Estatutos de Autonomía son las normas institucionales básicas de cada Comunidad. En tanto tales, diseñan la estructura de poderes conforme a un esquema recogido en el artículo 152 de la Constitución, que finalmente se generalizó. El consejo de gobierno en este precepto incluye facultades tanto ejecutivas como administrativas, luego plantea cuestiones de régimen jurídico en parte coincidentes con las referentes al Gobierno de España.

Los gobiernos autonómicos tienen pues naturaleza política, aunque con distinta posición constitucional a la propia del Gobierno de la Nación. Una peculiaridad significativa es la figura de su Presidente, que es al tiempo el *primus* del órgano colegiado y el representante del Estado en el territorio autonómico.

La conferencia de presidentes de comunidades autónomas representó un intento de institucionalizar su papel coordinador, aunque al principio tuvo una vida efímera y poco fructífera en la práctica, recobró protagonismo durante la crisis COVID-19. Los intereses de cada Gobierno autonómico son diferenciados, por lo que no resulta fácil sentar posiciones comunes en un nivel muy politizado.

El parlamentarismo marca la forma de gobierno autonómica, con la consiguiente dependencia de las mayorías en las asambleas legislativas. Este régimen explica la necesidad de acuerdos entre grupos políticos, coaliciones que se multiplican por la fragmentación de los partidos y repercuten sobre la estructura gubernamental, con vicepresidencias reforzadas y repartos de puestos entre formaciones.

BIBLIOGRAFÍA: ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, "la forma de gobierno de las Comunidades Autónomas. La configuración constitucional y estatutaria de la relación entre gobierno y parlamento", en España Constitucional (1978-20189, Tomo V, 2018. BOCANEGRA SIERRA, Raúl/HUERGO LORA, Alejandro, La conferencia de presidentes, iustel, Madrid, 2005. PENDÁS GARCÍA, Benigno, "El gobierno y forma de gobierno de las comunidades autónomas. Reflexiones sobre el dogma de la homogeneidad y sus límites", Documentación Administrativa, núm.215, 1988.

2. LA ESTRUCTURA DE CONSEJERÍAS: ORÍGENES, VENTAJAS E INCONVENIENTES

Las Comunidades Autónomas reproducen la estructura ministerial, con sus ventajas e inconvenientes. La división en grandes líneas de actuación, en principio positiva, se perturba cuando predomina el carácter político de los consejeros, que en ocasiones se ocupan más de cuestiones de partido que de dirigir su propio departamento. Hay que decir, no obstante, que este sesgo es menor en el ámbito autonómico, donde el carácter administrativo de las políticas públicas es predominante.

Una de las ventajas de esta estructura radica en la ubicación tendencialmente estable de ámbitos de competencias en servicios concretos. Esto posibilita la especialización y la identificación de funcionarios que mantienen la responsabilidad, actuando como memoria organizativa en los cambios de gobierno.

Algunas consejerías son realmente imprescindibles por la importancia y alcance de las competencias asignadas. Esto sucede con sanidad, educación o hacienda, por supuesto. Otras resultan directamente vinculadas a las prioridades de la acción de cada Ejecutivo, que pone mayor o menor énfasis en diversas líneas políticas, en función de la estrategia y los compromisos electorales.

El inconveniente principal de la estructura burocrática autonómica es su falta de versatilidad. Difícilmente se adaptan a nuevas tareas o cambios en las necesidades de intervención, pues sus estructuras están diseñadas para gestionar procedimientos concretos, formalizados y recurrentes. Esto sucede al fin con toda pirámide clásica, se intenta resolver con la creación de entidades personificadas para esos fines, pero tal opción también plantea sus problemas, que veremos en un tema posterior.

BIBLIOGRAFÍA: ARGULLOL I MURGADAS, Enric, "La Administración de las Comunidades Autónomas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.15, 1985. BASSOLS COMA, Martín (Dir.), *La Administración pública de las Comunidades Autónomas*, 2004. MEILÁN GIL, José Luis, *La ordenación jurídica de las autonomías*, Tecnos, 1988.

3. LOS ÓRGANOS SUPERIORES Y DIRECTIVOS

Al igual que en la Administración del Estado, la autonómica se organiza conforme a un esquema piramidal, cuyos escalones se conforman en consejerías, secretaría general y direcciones generales. Con diferencias entre nacionalidades y regiones, presentan varianzas de complejidad condicionadas por sus propias dimensiones y grado de competencias alcanzado, naturalmente.

La simplificación de estructuras no ha marcado precisamente las estrategias organizativas autonómicas, que han ido creciendo en paralelo a la asunción de nuevas competencias por las reformas de sus estatutos. Así, el número de órganos superiores y directivos también se acrecienta tendencialmente, con cada vez mayores necesidades de coordinación, articuladas a través de figuras específicas a las que se asigna tal tarea coordinadora.

BIBLIOGRAFÍA: ARENILLA SÁEZ, Manuel, "La modernización de las Administraciones Autonómicas como decisión conformadora", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm.7-8, 1996. ARENILLA SÁEZ, Manuel, *La reforma administrativa desde el ciudadano*, INAP, Madrid, 2003. FERNÁNDEZ DÍAZ, Jorge, "La Administración autonómica en la España del futuro", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas,* núm.7, 1996. PAREJO ALFONSO, Luciano, "La Administración autonómica: organización y burocracia", en *El futuro de las autonomías territoriales*, 1991.

4. EL APARATO ADMINISTRATIVO DE LAS CONSEJERÍAS

El aparato administrativo de las consejerías obedece a la misma lógica ministerial de organización en servicios, negociados, etc.

Se trata de una división típica en órganos administrativos, cada uno de los cuales tiene asignadas sus competencias, traducidas en la gestión de procedimientos, toda vez que las decisiones últimas son tomadas por los órganos superiores y directivos.

Apenas encontramos originalidad en los diseños autonómicos, replicándose las estructuras del Estado o mimetizando los modelos de las Comunidades más avanzadas. Así, cuando es preciso dar respuesta a una exigencia concreta institucional, por mor del Derecho interno o el europeo, casi todas las comunidades tienden a replicar la solución primera adoptada por las más proactivas.

Tal estado de cosas contrasta con la generalizada tendencia hacia la digitalización en el mundo empresarial. Cada vez más procesos se automatizan, con proyecciones organizativas y cambios estructurales. Algunas de estas evoluciones terminarán proyectándose, tarde o temprano, sobre las administraciones autonómicas.

BIBLIOGRAFÍA: MORELL OCAÑA, Luis, "Organización administrativa de las Comunidades autónomas", *Estudios jurídicos y económicos en Extremadura*, 1983.

5. LAS ESTRUCTURAS PERIFÉRICAS AUTONÓMICAS

Salvo en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, donde no es necesaria, el despliegue de la descentralización territorial ha ocupado el espacio propio de

la Administración periférica estatal, sometida como ya hemos visto a intensos procesos de reducción de estructuras desde los años noventa. En su lugar, delegaciones territoriales de las autonomías y servicios en sus principales ámbitos de competencia (educación, salud, servicios sociales, fomento) se sitúan en oficinas por todas las capitales de Provincia.

Las propuestas de "Administración única", traducida en la sustitución total de las estructuras estatales por las autonómicas, no ha llegado a realizarse plenamente. Así que las dimensiones de los órganos periféricos se han contenido en parte, aunque algunas Comunidades autónomas multiplican los cargos políticos en las provincias, variando mucho de unas administraciones a otras las proyecciones territoriales, también en función de las competencias delegadas a municipios y provincias.

BIBLIOGRAFÍA: BASSOLS COMA, Martín, "Las relaciones entre la Administración periférica del Estado y las Comunidades Autónomas en la Constitución", *Revista de Administración Pública*, núm.89, 1979. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, "La Administración única o común en el Derecho español", en *Constitución y el nuevo diseño de las administraciones estatal y autonómica*. XIX Jornadas de Estudio, 1998.

6. LA DELEGACIÓN EN LAS ENTIDADES LOCALES

El Informe expertos sobre autonomías dirigido por el Profesor García de Enterría en los años ochenta recomendó aprovechar la organización administrativa de las diputaciones provinciales para evitar la reproducción y redundancia de servicios. Un planteamiento austero y sencillo que fue desatendido por los emergentes poderes autonómicos, que optaron en cambio por crear órganos nuevos y propios.

La realidad del arraigo y mayor eficiencia de las entidades locales, debido a su proximidad a los problemas y las necesidades, ha llevado a delegar algunas funciones en éstas (provincias o municipios), más en unas comunidades autónomas que en otras. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local de 2013 abundó en esta posibilidad, pero sometiéndola a acuerdos financieros expresos.

En estos casos, los entes locales se sujetan a controles de la Administración delegante, pues no ejercen competencias propias. También deben recibir los recursos necesarios para realizar las políticas públicas vinculadas a las competencias delegadas. Y rendir cuentas a la Comunidad autónoma por la administración de tales recursos.

BIBLIOGRAFÍA: CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, "Un exponente de la problemática actual entre Comunidades Autónomas y Provincias. La gestión ordinaria de los servicios periféricos propios de las Comunidades Autónomas a través de las diputaciones provinciales", *Revista de Estudios de la Administración local y autonómica,* núm. 232, 1986.

Tema X

LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

SUMARIO: 1. Evolución histórica de las instituciones locales. 2. La autonomía local en la Constitución. 3. Sistema de fuentes del régimen local. 4. El municipio: organización, competencias y funcionamiento. 5. La provincia: organización, competencia y funcionamiento. 6. Otras fórmulas de intermunicipalidad.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS INSTITUCIONES LOCALES

Fue en las montañas palentinas donde por primera vez se reconocieron fueros y autogobierno municipal en España. Hace más de mil años, en el 824, el conde de Castilla concedió a la puebla de Brañosera una carta de población o carta fuera. Tal documento otorgaba territorio y sus recursos (bosques, pastos) para el libre aprovechamiento de los pobladores de la villa.

La proliferación de este hito institucional a lo largo del siglo X no obedeció a un espíritu de libertad, sino al pragmatismo necesario para impulsar la recuperación del terreno ocupado por los musulmanes. Los derechos municipales se perdían cuando nobles y monarcas fortalecían sus posiciones. Acabadas las guerras y riesgos interiores, corregidores e intendentes pasaban a gobernar por encima de los vecinos.

Sólo recordando este proceso histórico cabe comprender el mapa municipal español, marcado por el minifundismo al norte del Duero. Los términos se van ampliando según avanzamos hacia el sur, siguiendo el decurso de la historia medieval, como desaparece en las áreas meridionales el Concejo abierto, máxima expresión de la Democracia directa en nuestro régimen local.

Tras el surgimiento del Estado, a partir del siglo XVI, se rebajarán las capacidades de los municipios, pero no se borrará de la memoria la importancia de la organización en comunidades locales, a uno y otro lado del Atlántico. Toda la población americana, regida por instrucciones de la Corona, se basará en la fundación de ciudades, como piezas clave de la civilización.

Absolutismo y centralismo mermarían después el protagonismo de los municipios, sustituyendo la voluntad representativa de los villanos por la dirección de los corregidores, al tiempo "agentes por excelencia del poder regio y presidentes de sus respectivos Ayuntamientos" (Preámbulo de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, de 1985).

La Constitución de Cádiz, dictada en plena ocupación napoleónica de nuestras tierras, intentaría recobrar las libertades locales. El nuevo municipio constitucional sufriría los avatares del tránsito decimonónico, cuando se entreveraban breves despertares liberales con períodos ominosos y reaccionarios. Así contrastan la descentralizadora Instrucción de 1823 con las leyes centralistas de 1845.

También hace doscientos años nacieron las diputaciones provinciales, consolidándose la definitiva división territorial algo después, con el Decreto Javier de Burgos de 1832. La provincia fue entonces más una unidad territorial para la realización de los fines estatales que una institución local, aunque con el paso del tiempo y su relación con los ayuntamientos iría identificándose progresivamente con los intereses locales.

Durante el siglo XX se alternan de nuevo momentos de ímpetu municipalista, como el reflejado en el Estatuto Calvo Sotelo de 1924, con otros de retroceso centralizador. Habrá que esperar a la vuelta de la Democracia para ver realizados estos principios.

BIBLIOGRAFÍA: BURGEÑO RIVERO, Jesús, *La formación de la división territorial de España,* Universidad de Barcelona, 1994. GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, *El corregidor castellano*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970. MERINO ESTRADA, Valentín, *Régimen municipal iberoamericano, Universidad de Salamanca*, 2022. ORDUÑA REBOLLO, Enrique, *Municipios y provincias. Historia de la organización territorial española*, INAP, Madrid, 2003.

2. LA AUTONOMÍA LOCAL EN LA CONSTITUCIÓN

Así llegamos hasta 1978, cuando el deseo de Democracia se plasmó en un texto constitucional pletórico de reconocimiento de autonomía. Primero para las Comunidades Autónomas, entonces una incipiente promesa, y luego a los ayuntamientos, cuyas primeras composiciones avanzaron tras las elecciones el giro o cambio político después proyectado sobre el Estado.

Las fórmulas de los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución española inspirarían la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, vigente con modificaciones hasta nuestros días. Cada hito normativo sobre las instituciones locales ha dado lugar a pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el concepto y alcance de la autonomía, precisando qué puede o no hacer el legislador con municipios y diputaciones.

Una de las primeras sentencias sobre esta cuestión asumió el concepto de garantía institucional para invalidar la supresión de las diputaciones provinciales en Cataluña. El núcleo duro de la autonomía local sería así intangible, quedando proscrita para la ley la eliminación de la imagen social de municipios y provincias. Útil argumento para el caso, pero insuficiente frente a otras potenciales agresiones.

En general, sin embargo, los poderes normativos han demostrado su respeto por la autonomía. Las principales alteraciones del régimen local, hasta fechas recientes, han planteado más controversias de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas que enfrentamientos con las entidades locales, reconocidas como elemento esencial de la Democracia.

Sucesivas señales jalonan este positivo devenir de la autonomía local en España durante las últimas décadas. La firma de la Carta Europea, en 1985; el llamado Pacto local (1999), que dio lugar a la reforma de la Ley de Bases y la de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; o la reforma de los Estatutos de Autonomía, incorporando las competencias locales al bloque de la constitucionalidad.

Las más recientes reformas sin embargo han sido cuestionadas por su eventual incompatibilidad con la autonomía local. Así sucedió con la Ley de modernización de los gobiernos locales de 2004, tildada finalmente sólo en parte de inconstitucional (STC de 2013). Y con mayor estrépito aún, la operada por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 2013 también declarada en algunos artículos contraria a la Constitución.

Por su envergadura y alcance, esta última alteración de la Ley de Bases de 1985 ha suscitado una extraordinaria polémica junto a las serias tachas de inconstitucionalidad. Sus exigencias de estabilidad presupuestaria, de no duplicación de competencias y de limitación de la iniciativa económica se consideran agresiones al poder local y atentados contra los Estatutos de Autonomía que antes lo fortalecieron.

El Tribunal Constitucional ha despejado en parte estas dudas, teniendo por supuesto en cuenta la reforma del artículo 135 de nuestra Norma Fundamental, exigencia de contención en las políticas públicas marcada por nuestros compromisos internacionales y el gravísimo contexto de la crisis sufrida por España a lo largo de siete años.

BIBLIOGRAFÍA: FANLO LORAS, Antonio, *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, CEPC, Madrid, 1991. NIETO GARRIDO, Eva, El estatuto constitucional de los entes locales: la autonomía local y la vinculación negativa a la ley, Aranzadi, 2016. RIVERO YSERN, José Luis, *Manual de Derecho local*, Cívitas, Madrid, 2016. VELASCO CABALLERO, Francisco, "Autonomía municipal", en AEPDA, *Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales,* 2007.

3. SISTEMA DE FUENTES DEL RÉGIMEN LOCAL

La Ley de Bases de 1985 se dictó cuando aún los legisladores autonómicos no se habían preocupado de ejercer sus competencias sobre régimen local. Algunos

estatutos de autonomía eran muy recientes, apenas un lustro o menos de existencia. El desarrollo institucional propio de las Comunidades Autónomas retrasará su interés por el régimen local una o dos décadas, manteniéndose el protagonismo del Derecho estatal.

Todavía en 2004, la Ley de Modernización del Gobierno local supondrá un ejercicio completo de las competencias estatales en la materia, ratificado en gran medida por la Sentencia del Tribunal Constitucional que se pronunció sobre su validez. En este período, sin embargo, ya se habían dictado un número considerable de leyes autonómicas sobre la materia.

Serán sin embargo las reformas estatutarias de la segunda mitad de los dos mil decisivas en la asunción de competencias normativas en un proceso calificado de "interiorización", al modo de algunos Estados federales donde el régimen local no está en legislación de la federación, sino en la de los estados federados (Alemania, Argentina, Estados Unidos...).

Conviene recordar, pese a estas variantes del bloque de la constitucionalidad, que todavía reza el artículo 149.1.18 de la Constitución la competencia estatal para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, un mínimo denominador normativo necesario para garantizar la igualdad esencial de derechos y obligaciones de las personas en todo el territorio del Estado.

Igualdad, no uniformidad, pues ha de reconocerse la diversidad razonable (con causas verosímiles) de los diseños locales en diferentes lugares del territorio: los regímenes forales (País Vasco y Navarra); las peculiaridades del hecho insular (Baleares y Canarias); el muy especial estatuto de las ciudades autónomas (Ceuta y Melilla); o la realidad de las entidades locales menores en el norte (Asturias, Galicia, Castilla y León).

A estas diferencias pretenden responder en parte las redacciones de los Estatutos de Autonomía, que se pronuncian sobre peculiaridades municipales o comarcales características de los distintos territorios: las veguerías en Cataluña, las entidades locales menores en Castilla y León, los cabildos en el archipiélago canario, o los consejos en las Islas Baleares.

La posición pretendida por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local de 2013 resulta problemática en este escenario, pues no se limita a establecer normas básicas, sino que intenta restringir las posibilidades de atribución de competencias en la relación entre Comunidades Autónomas y entidades locales, reduciendo el papel de la ley autonómica al respecto.

En nuestra Constitución existen posibilidades de articulación de tales opciones, por la vía de las leyes previstas en su artículo 150. No está claro, sin embargo, que

una ley ordinaria del Estado pueda mermar las capacidades de los poderes legislativos autonómicos en una materia de su competencia (relativamente exclusiva).

BIBLIOGRAFÍA: RIVERO ORTEGA, Ricardo/MERINO ESTRADA, Valentín (Dir.), *Derecho local de Castilla y León,* Iustel, 2014. VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

4. EL MUNICIPIO: ORGANIZACIÓN, COMPETENCIAS Y FUNCIONAMIENTO

El ente local por excelencia en sin duda el municipio. Con su población, término y organización reúne los tres elementos básicos de una entidad pública territorial. Vecinos con sus derechos y obligaciones; ámbito geográfico de actuación delimitado; e instituciones propias de autogobierno para realizar la autonomía. Esto en más de 8000 ayuntamientos españoles, nada menos.

La organización básica de todo ayuntamiento presenta una cúspide piramidal, ocupada por el alcalde o la alcaldesa, seguido por las concejalas y concejales que integran el pleno de la Corporación. A diferencia de otros países, en España no se da una elección directa de los alcaldes, reproduciéndose en cambio el esquema parlamentario en el nivel local, con sus ventajas e inconvenientes.

No todos los municipios presentan un esquema organizativo idéntico, planteándose un régimen especial para los llamados municipios de gran población. En ellos se incluyen algunos órganos necesarios que no lo son en el resto. También se presentan diferencias reflejadas en sus reglamentos orgánicos entre municipios de dimensiones intermedias y los muchos muy reducidos en nuestro país.

Las competencias de los municipios se clasifican en propias, delegadas y "otras" tras la reforma de 2013, que limita las posibilidades de realizar actividades o prestar servicios que se solapen con los ofrecidos por las Comunidades Autónomas, en virtud del principio "una Administración, una competencia". Así, junto a sus tareas naturales, los municipios pueden asumir las que la Comunidad les delegue previa Ley o acuerdo.

También se regulan en la Ley de Bases de Régimen local los principales aspectos de funcionamiento de los municipios (personal, contratos, bienes, servicios). Aunque por supuesto hay que dirigirse a la normativa administrativa general para completar el conjunto ordinamental aplicable a los entes locales, sumando de nuevo para ello leyes estatales y normas autonómicas.

El régimen actual de los municipios intenta corregir algunos de los sesgos nocivos que desde el punto de vista del gasto público puede presentar la gestión

municipal. Por ello se establecen limitaciones al capítulo de personal (para evitar la tentación clientelar en los momentos previos a las elecciones); también se dificultan las tentaciones proteccionistas en la adjudicación de los contratos.

Tampoco pasa desapercibida a la normativa la importancia de regular la gestión de los bienes de las corporaciones locales, de considerable importancia económica. Y del mismo modo se regulan los servicios públicos locales, con sus diversas formas de prestación, pues los entes locales siempre han asumido un notorio protagonismo en la satisfacción de las necesidades de sus vecinos.

BIBLIOGRAFÍA: RIVERO ORTEGA, Ricardo/MERINO ESTRADA, Valentín, *Innovación en los gobiernos locales,* INAP, Madrid, 2015.

5. LA PROVINCIA: ORGANIZACIÓN, COMPETENCIA Y FUNCIONAMIENTO

Al igual que para los municipios, la Ley de Bases de Régimen Local regula la organización de las diputaciones provinciales (Presidente, diputados, Pleno). También sus competencias, actualizadas tras la reforma de 2013 para reforzar su tradicional papel de asistencia y cooperación con los municipios (con la atribución de una nueva función pseudocoordinadora de la prestación de los servicios en los municipios de menos de 20.000 habitantes).

Entre las novedades relevantes, puede destacarse la supresión de la cláusula genérica de fomento provincial, manteniéndose sin embargo su papel de impulso de obras y servicios en la provincia, pero vinculando a la cooperación con otras administraciones (autonómica, municipal) el estímulo del desarrollo económico.

Los últimos años se ha planteado un debate político y doctrinal en torno al mantenimiento de las diputaciones provinciales como estructura administrativa necesaria, general en todas las comunidades autónomas no uniprovinciales. Se enfrentan en este punto tesis escépticas en cuanto a su capacidad de aportar valor administrativo (Sosa Wagner) y quien piensa que aún pueden aportar en clave de políticas públicas (J.L Rivero Ysern).

BIBLIOGRAFÍA: CARBALLEIRA, Teresa, *La provincia en el sistema constitucional español*, Marcial Pons, 1996. RIVERO YSERN, José Luis, "La provincia en la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local de 27 de diciembre de 2013", *Revista General de Derecho administrativo*, núm.36, 2014. ZAFRA VÍCTOR, Manuel, "La intermuncipalidad, modelo de Estado. La provincia en el Estado autonómico", en *Crisis económica y reforma del régimen local*, 2012.

6. OTRAS FÓRMULAS DE INTERMUNICIPALIDAD

Las diputaciones provinciales ayudan a los pequeños y medianos municipios a prestar sus servicios y realizar tanto obras como actividades, pero a nivel comarcal son precisas otras soluciones institucionales para el trabajo conjunto de los pueblos, pues la unión hace la fuerza.

Para ello sirven las mancomunidades o los consorcios, entes personificados a los que se asignan tareas como la recogida de basuras, el transporte, la promoción turística o la policía urbanística, actividades administrativas que los pequeños municipios difícilmente realizarían solos.

BIBLIOGRAFÍA: BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, "Los conceptos de mancomunidades y consorcios", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2002. MERINO ESTRADA, Valentín, "La intermuncipalidad en España tras la reforma local de 2013", *Revista de Estudios locales*, núm.197, 2017. NIETO, Eva, *Los consorcios locales*, CEDECS, 1997. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Problemas administrativos en los nuevos espacios metropolitanos", *REALA*, 2010.

Tema XI

LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL

SUMARIO: 1. Origen y y razón de ser de los entes instrumentales. 2. Evolución normativa. 3. El intento de racionalización en la Ley de Régimen Jurídico del Sector público de 2015. 4. Tipología de los entes instrumentales de las Administraciones públicas. 5. Régimen jurídico de los entes instrumentales del Estado. 6. Régimen jurídico de los entes instrumentales de las Comunidades Autónomas. 7. Régimen jurídico de los entes instrumentales de las entidades locales. 8. Entes instrumentales interadministrativos.

1. ORIGEN Y RAZÓN DE SER DE LOS ENTES INSTRUMENTALES

Hasta bien entrado el siglo XIX, las tareas públicas se limitaban prácticamente a las más elementales de recaudación de tributos, conservación del orden público, educación, defensa (ejército) y promoción o fomento del desarrollo económico. Apenas unos pocos establecimientos (las reales fábricas) producían bienes o servicios para ser ofrecidos al mercado.

La lógica de agencia explica la razón de ser de las organizaciones con fines propios, separadas de la matriz burocrática estatal, en particular cuando se trata de satisfacer necesidades puntuales de naturaleza económica. Atribuir objetivos específicos a una entidad (especialidad de los fines) contribuye en teoría al desempeño eficaz, más si cuenta con su propio estatuto.

El proceso de industrialización explica después la ampliación de los fines del Estado, consecuencia del incremento de la complejidad social. La técnica organizativa de atribución de personalidad jurídica aparece como respuesta a las nuevas necesidades de gestión a las que se enfrenta la Administración, más intensamente desde principios del siglo pasado.

Tal tendencia comienza a manifestarse de forma generalizada, tal y como explica la Exposición de Motivos de la Ley de 26 de diciembre de 1958,

"...en el período de tiempo comprendido desde el mes de septiembre de 1923 al de diciembre de 1930...". Entonces se activan las fuerzas centrífugas creándose numerosos organismos, para después intentar el Estado reordenar el fenómeno.

También en el nivel local comienzan tempranamente a proliferar las empresas municipales, orientadas a la prestación de los nuevos servicios públicos (tranvía, gas, etc). El Estatuto Municipal de Calvo Sotelo será una Ley clave para la atribución de responsabilidades económicas a los ayuntamientos, para cuyo cumplimiento necesitarían crear entes instrumentales.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA

La Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 supondrá un primer intento racionalizador, pues la creación de personalidades jurídicas diferenciadas comportaría la excepción del régimen común de las Administraciones públicas, una notable ventaja de flexibilidad, pero también un factor de riesgo por la tentación de esquivar los controles propios del Derecho público.

Así, las excepciones a su régimen se fueron multiplicando hasta la aprobación de la Ley General Presupuestaria de 1977, cuyo artículo 6 enunciaba una discutible taxonomía de entes instrumentales (entes de derecho público y organismos autónomos) utilizados a la carta por parte del legislador en función de preferencias a menudo arbitrarias e intercambiables.

En 1998, la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado cambiaría la clasificación precedente para diferenciar más claramente organismos públicos y entidades públicas empresariales (regulando a parte las sociedades mercantiles estatales), pero lo hizo con insuficiente determinación y sin carácter básico, de forma que los problemas persistieron.

3. EL INTENTO DE RACIONALIZACIÓN EN LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO DE 2015

En 2015, la Ley 40 de Régimen Jurídico del Sector Público ha recogido de nuevo la taxonomía de los entes instrumentales del Estado: organismos autónomos estatales, entidades públicas empresariales de ámbito estatal; autoridades administrativas independientes; sociedades mercantiles estatales; consorcios y fundaciones del sector público estatal.

La tendencia de multiplicación de estructuras se hace particularmente acusada cuando nos detenemos en el fenómeno de la creación de personificaciones instrumentales privadas (sociedades mercantiles, fundaciones), donde seguramente se han producido los mayores excesos, amparados por la insuficiente regulación de la potestad organizatoria.

Pensemos por ejemplo en la creación de fundaciones privadas en mano pública y grupos públicos de sociedades. Las fundaciones privadas en mano pública ejemplifican bien a las claras el fenómeno. Se busca con su creación disfrutar del mayor número de ventajas, incluyendo las fiscales, eludiendo deliberadamente la aprobación de un régimen jurídico específico.

El número total de entidades instrumentales del sector público fue objeto de análisis en un informe que el ministro de Hacienda presentó al Consejo de Minis-

tros el día 5 de enero de 2012, con los siguientes datos: 2.357 entidades públicas autonómicas; 454 estatales. El número total sería de unos 3.000. Si sumamos los 3.400 locales, tenemos un número superior a 6.000, a todas luces excesivo.

Según otras fuentes, las Comunidades Autónomas tenían un total de 2.290 entes públicos a 1 de julio de 2011. Desde el inicio de la crisis económica, paradójicamente su número creció en un 53%. Es significativo el dato de que en 2004 tenían 1.845, es decir, 445 entidades creadas en 6 años. Solo en Cataluña, la deuda de estos entes era de 7.824 millones de euros.

El censo de las personificaciones instrumentales municipales arroja una cifra también considerablemente elevada: 3.400 entidades, de las cuales 1.751 serían organismos autónomos, 1.571 sociedades mercantiles y el resto serían consorcios. Mientras algunos Ayuntamientos intermedios y grandes reducen su organización instrumental por debajo de los 10, otros superan los treinta o cuarenta (Sabadell, Badalona o Marbella).

Estos datos, tomados del informe del Tribunal de Cuentas sobre el sector público local aprobado en 2010 (fiscalización de los ejercicios 2006, 2007 y 2008) se conectan con los excesos que favorecen al multiplicar los centros de gasto y deslocalizar las responsabilidades.

La constante insatisfacción con los arquetipos organizativos lleva a la búsqueda de modelos foráneos que se consideran mejores: es el caso de las agencias. La reproducción del modelo norteamericano, con el principal éxito de la Agencia Tributaria, ha dado lugar a la proliferación de un sinnúmero de organismos con tal nombre, llegándose al extremo de dictar una Ley de Agencias de escasa utilidad.

BIBLIOGRAFÍA: RIVERO ORTEGA, Ricardo, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, Madrid, 2013. ROYO VILLANOVA, *La descentralización por servicios*, Valladolid, 1914. VVAA, *Administración instrumental, Libro Homenaje al Profesor Manuel CLAVERO ARÉVALO*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1992.

4. TIPOLOGÍA DE LOS ENTES INSTRUMENTALES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Muchas de las reformas del régimen de los entes instrumentales obedecen al intento de racionalizar sus formas, frente a las múltiples variedades de la legislación estatal y autonómica. En una taxonomía elemental, pueden diferenciarse: entes en forma pública sujetos a Derecho público (agencias u organismos autónomos); entes en forma pública sujetos a Derecho privado (entidades públicas empresariales); y entes en forma privada (sociedades mercantiles y fundaciones).

Aún más completa es la clasificación antes extraída de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, que incluye consorcios y fondos carentes de personalidad jurídica. En otros ordenamientos comparados encontramos figuras extrañas para el Derecho español, como el fideicomiso, cada vez más utilizado con fines similares a los de los entes instrumentales.

BIBLIOGRAFÍA: JIMÉNEZ DE CISNEROS, Francisco Javier, *Los organismos autónomos en el Derecho público español*, 1987.

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ENTES INSTRUMENTALES DEL ESTADO

La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público supone un último hito en la regulación de los entes instrumentales estatales. Los artículos de referencia que deben tenerse presentes son del 84 al 139, reguladores de los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las autoridades administrativas independientes, las sociedades mercantiles estatales, los consorcios, las fundaciones del sector público y los fondos sin personalidad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA: RIVERO ORTEGA, Ricardo, "El Sector público administrativo", en FERNÁNDEZ RAMOS/VALERO TORRIJOS/GAMERO CASAD (Dirs.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público,* Tirant LO Blanch, Valencia, 2017.

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ENTES INSTRUMENTALES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Las dos Comunidades Autónomas que presentan un número mayor de entidades son Andalucía y Cataluña. El desafío de reducción más numerosa, sin embargo, se concreta en Baleares, Castilla-La Mancha y Murcia, que acumulan el mayor número de empresas públicas en términos ponderados.

Una reorganización de la Administración instrumental andaluza provocó la controversia sobre la existencia de un derecho a la buena organización administrativa. Varias sentencias bloquearon este proceso, iniciado por la Ley de Reordenación del Sector Público andaluz. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía anuló en Sentencia de 15 de diciembre de 2011 la integración del personal de la empresa pública EGMASA en la nueva Agencia del Medio Ambiente y Agua, invalidando el decreto mediante el que se aprobaron los estatutos de esta agencia.

No deja de resultar paradójica la multiplicación exponencial del número de organizaciones administrativas en paralelo a un desarrollo tecnológico que permite, como nunca antes en la historia, reducir los plazos de respuesta y utilizar redes compuestas por estructuras propias y ajenas (externalización, en el sentido más amplio de esta palabra) para desarrollar las tareas.

Castilla y León es una de las Comunidades Autónomas con un sector público más reducido. El día 5 de enero de 2012 fueron aprobadas medidas de simplificación en el Consejo de Gobierno de la Junta. En concreto, se integraron varias fundaciones y sociedades en una única estructura, Infraestructuras y Servicios de Castilla y León (Inscyl), dependiente de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente: empresa pública Promoción de Viviendas, Infraestructuras y Logística, S.A. (Provilsa), la Sociedad Pública de MedioAmbiente de Castilla y León (Somacyl), y la Fundación del Patrimonio Natural de Castilla y León.

BIBLIOGRAFÍA: PÉREZ MORENO, Alfonso, "Las entidades instrumentales en las Comunidades Autónomas, en *Administración Instrumental,* Sevilla, 1991.

7. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ENTES INSTRUMENTALES DE LAS ENTIDADES LOCALES

Al igual que los niveles administrativos estatal y autonómico (o regional), ayuntamientos y diputaciones utilizan las personificaciones para la realización de sus tareas, especialmente las de intervención económica, aunque también en el ámbito de la cultura, el deporte y, en general, la prestación de servicios públicos.

La tipología de estas entidades incluye entes en forma pública sujetos al Derecho público (organismos autónomos, o agencias), entes en forma pública sujetos al Derecho privado (entes públicos empresariales) y entes en forma privada (sociedades mercantiles locales o fundaciones).

En sus reformas más recientes, el legislador español ha expresado sus reservas frente a la utilización de algunas fórmulas sujetas a Derecho privado, exigiendo en todo caso la motivación de la opción institucional mediante memorias y expedientes detallados. Los excesos y gastos derivados de la multiplicación de las personificaciones instrumentales ya se han cuantificado, así que se pretende evitar otra proliferación insostenible desde el punto de vista presupuestario.

BIBLIOGRAFÍA: RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Formas de gestión de los servicios públicos", en *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales*, Madrid, 2010.

8. ENTES INSTRUMENTALES INTERADMINISTRATIVOS

Las personificaciones instrumentales también pueden servir como medio de colaboración interadministrativa, tanto en sus formas públicas (v.gr, consorcios), como en las privadas (sociedades mercantiles o consorcios coparticipados por entes públicos). Estas fórmulas de intermunicipalidad permiten desarrollar proyectos conjuntos, tanto de forma puntual como con carácter estable, para la prestación compartida y más eficiente de servicios públicos.

BIBLIOGRAFÍA: MERINO ESTRADA, Valentín, "La intermunicipalidad en España tras la reforma local de 2013", *Revista de Estudios locale*s , núm.197, 2017. NIETO, Eva, *El consorcio administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1997.

Tema XII

LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

SUMARIO: 1. La posición jurídica de la Administración ante el Ordenamiento: principio de legalidad/juridicidad. 2. Cláusulas generales de apoderamiento, poderes implícitos y conceptos jurídicos indeterminados. 3. La discrecionalidad administrativa. 4. La mal llamada "discrecionalidad técnica". 5. Autotutela administrativa y posición ante el poder judicial. 6. Las relaciones de la Administración con los sujetos privados: potestades exorbitantes 7. Potestades administrativas y desviación de poder. 8. Relaciones interadministrativas de cooperación. 9. Relaciones interadministrativas de control. 10. Relaciones interadministrativas de conflicto.

1. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE EL ORDENAMIENTO: PRINCIPIO DE LEGALIDAD/JURIDICIDAD

La Administración es un poder público, así que debe respetar la Constitución y el Ordenamiento jurídico en su conjunto. El gobierno de las leyes, que no de los hombres, garantiza y protege frente a los abusos y arbitrariedades subjetivas, como afirmaba UNAMUNO: "Realmente la libertad no es otra cosa que la conciencia de la Ley, y si no, estamos..., a merced de hombres atolondrados". El imperio de la Ley es, cabalmente, una conquista civilizatoria moderna.

Y es que, históricamente, el principio de legalidad supuso la feliz superación del absolutismo. La sujeción a la Ley como manifestación de la voluntad popular articuló técnicamente las propuestas de la Ilustración y el constitucionalismo originario. En un primer momento, pues, se identificaron la legalidad y la reserva de Ley, con exigencias precisas sobre el ámbito penal y tributario para la protección de la libertad y la propiedad, respectivamente.

El principio de legalidad de la Administración sirve entonces para explicar las relaciones entre ésta y el legislador, poder formalmente hegemónico en regímenes parlamentarios, como el español. La Ley, entendida como norma emanada de las asambleas parlamentarias, condiciona y limita la actividad administrativa, subordinándose cada una de sus expresiones a la voluntad de los representantes del titular de la soberanía.

Amén de esta razón de ser política, de inequívoco signo democrático, la sujeción de la Administración a la Ley persigue incrementar la previsibilidad de las conductas administrativas. El Estado de Derecho favorece la anticipación del actuar ejecutivo, restringiendo sus opciones a los márgenes establecidos por las leyes, con las que colaboran el resto de las normas y principios generales.

Y es que la Constitución no sujeta sólo a la Administración a la Ley, sino que lo hace deliberadamente a la Ley y al Derecho, esto es, al conjunto de fuentes, integrado también por reglamentos. Luego no debe confundirse principio de legalidad con reserva de Ley, sino entenderse en clave de juridicidad, esto es, de condicionamiento del proceder administrativo por normas y principios.

Se plantean no obstante dos interpretaciones alternativas en la comprensión del principio de legalidad: vinculación positiva/vinculación negativa. Conforme a la primera, la Administración sólo podría hacer aquello expresamente autorizado por el Ordenamiento; la segunda, al contrario, permitiría sus intervenciones siempre que no estuvieran expresamente proscritas.

La Constitución proclama la sujeción plena de la Administración a la Ley y al Derecho, fórmula más próxima a la idea de vinculación positiva. Si el poder público tuviera el mismo margen de libertad que los particulares –libres dentro de los límites de la Ley– se desnaturalizaría su esencia, multiplicándose los riesgos de abuso y exceso en el ejercicio de las potestades.

Sostienen algunos autores, no obstante, la tesis de la vinculación negativa para espacios de poder administrativo autónomo (el municipal, por ejemplo) o proyectada sobre las intervenciones prestacionales y por tanto ampliadoras de la esfera de derechos de sus destinatarios. Ciertamente, la vinculación positiva está pensada para un poder limitador sin plena legitimidad democrática, aunque poder al fin y por tanto en todo caso necesitado a nuestro juicio de la sujeción a la norma previa habilitante.

Las raíces de la doctrina de vinculación negativa se hallan en una interpretación heterodoxa y en cierto modo reaccionaria de la teoría de división de poderes, formulada por STHAL en su defensa del principio monárquico. Por contraposición, KELSEN y MERKL sostendrían la vinculación positiva y el necesario presupuesto de un precepto jurídico para toda acción administrativa.

En nuestro tiempo, la acción administrativa en el Estado social requiere apoderamientos amplios, no tan estrictos como los previstos para las restricciones de derechos. Es preciso un punto de equilibro entre el control frente a los abusos y la atribución de facultades de acción al poder ejecutivo, para garantizar tanto el respeto de los derechos como la protección del interés general, esencia de una función administrativa difícilmente resumible en la idea de mero cumplimiento de las leyes.

No cabe duda de que la atribución de poderes exorbitantes y facultades de actuación debe ser previa y establecida en la Ley. La función administrativa ha de ser por su propia esencia juridificada, para reunir las condiciones de validez

en un Estado de Derecho, a pesar de todas las dificultades generadas por un Ordenamiento en constante cambio y a menudo difícil aplicación, hasta el punto de diagnosticarse la crisis o decadencia del principio de legalidad.

La posibilidad misma de autoapoderamiento mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria plantea considerables modulaciones de la equiparación entre legalidad y reserva de Ley. En estos casos también debe exigirse el respeto a la primacía de la Ley, y tener presente la inconstitucionalidad de las deslegalizaciones, de modo que el poder legislativo no puede conceder toda la capacidad de regulación del Ejecutivo en las materias reservadas.

Sostener la vinculación positiva de la Administración a la Ley no impide reconocer la necesidad de flexibilizar ciertas rigideces que podrían derivarse de interpretaciones extremas del principio de legalidad, en especial cuando las intervenciones administrativas pueden servir para proteger y ampliar la esfera de derechos e intereses de las personas. La Ley de presupuestos es en sí misma una norma habilitante de numerosas acciones, como los son igualmente las normas generales que contemplan las capacidades de acción de la Administración y el Gobierno, incluyendo entre tales normas las previsiones constitucionales.

Así, el sintagma "principio de legalidad" ha sido interpretado en formas tan diversas como la subordinación total de la Administración al Legislador, en versión extrema de la división de poderes, o la admisión de la posibilidad de apoderamientos derivados de los principios generales del Derecho o, también, directamente de cláusulas constitucionales como las que formulan la idea del Estado Social y el deber de promover las condiciones para hacer reales y efectivas las condiciones de libertad e igualdad entre las personas .

BIBLIOGRAFÍA: ESTEVEZ ARAUJO, José A., "La crisis del principio de legalidad: La imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1990. FORSTHOFF, *Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho,* Cívitas, Madrid, 1988. GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel, "Algunas consideraciones sobre la decadencia del principio de legalidad en el Derecho español", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.103, 2015. JESCH, Dietrich, *Ley y administración estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978. STHAL, *El principio monárquico*, Heidelberg, 1845. UNAMUNO, Miguel, "Autonomía docente", Conferencia pronunciada en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1917.VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, 2009.

2. CLÁUSULAS GENERALES DE APODERAMIENTO, PODERES IMPLÍCITOS Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Para no cohibir las intervenciones necesarias del poder público, en aras al interés general, el Ordenamiento también concede mayores márgenes de actuación a la Administración mediante cláusulas generales de apoderamiento (previsiones normativas que conceden amplios poderes de obrar a las autoridades) y conceptos jurídicos indeterminados, fórmulas genéricas que requieren una concreción en cada caso, pero sin apenas margen de apreciación reconocido a la Administración, que habría de optar por la solución adecuada (única) en función de las circunstancias de hecho: justiprecio expropiatorio, utilidad pública, oferta más ventajosa son algunos ejemplos, que incluyen también el "interés público".

La integración de los conceptos jurídicos indeterminados no lleva necesariamente a una única solución posible, por oposición a la libertad acotada de decisión propia de la discrecionalidad administrativa, que a continuación estudiaremos. Se reconocen estrechos márgenes de incertidumbre o "zonas grises" en su apreciación, controlados por supuesto en vía judicial, pero con la deferencia mínima atribuida a las capacidades aplicativas de la Administración. Fuera de estos márgenes, la incorrecta interpretación de los conceptos posibilita su anulación e incluso sustitución por los tribunales.

Por otro lado, las cláusulas generales de apoderamiento ofrecen una solución de técnica normativa para prever situaciones múltiples no del todo definidas. Las circunstancias en las que puede ser necesaria la intervención administrativa no siempre pueden anticiparse de manera detallada. Situaciones inesperadas demandan en ocasiones respuestas insólitas, no previstas en detalle por las normas. Una redacción abierta de los preceptos habilitantes de la actuación del poder permite reaccionar dentro del principio de legalidad formal, respetando la división de poderes y, por supuesto, rindiendo cuentas *a posteriori*.

Los apoderamientos globales contradirían una exigencia o "cláusula de medibilidad" (mensurabilidad) que se traduce en la exigencia de delimitación previa de toda intervención que afecte a la libertad, de modo que también sean previsibles y calculables para el ciudadano. En aquellos ámbitos en los cuales la Administración no tiene aún toda la experiencia para anticipar cualquier circunstancia que pudiera producirse, con márgenes de incertidumbre, es muy difícil predeterminar cada posible acción, aunque sería lo deseable en un Estado de Derecho.

Por ello, no son en modo alguno aceptables los apoderamientos en blanco, tal y como Jesch recordaba citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal: "El principio de legalidad de la Administración pierde su sentido político-constitucional y pierde su función de proteger la libertad y la propiedad del

ciudadano frente a la arbitrariedad estatal, allí donde el legislador confiere a la Administración un apoderamiento general que en verdad sólo contiene una dispensa general, y concretamente de los derechos fundamentales".

Pensemos también en las teorías de los poderes inherentes o implícitos o los estados de necesidad, situaciones en las que el poder ejecutivo debe responder a circunstancias que pueden no haber sido expresamente previstas por la norma. Aceptada en el Derecho público norteamericano, se utiliza también para reconocer competencias no expresas a las organizaciones internacionales y en la interpretación de los tratados.

La teoría de los poderes implícitos puede propiciar abusos llevada a su extremo en interpretaciones sobre atribuciones propias del Ejecutivo en contextos presidencialistas y de necesidad. La versión fuerte de la teoría del poder ejecutivo unitario ha servido en Estados Unidos para realzar facultades que podrían convertirse en "cheques en blanco" invocando el principio *salus populi suprema lex esto*, particularmente en casos de necesidad, pero también argumentando que cualquier gobierno puede emplear los medios que necesite para alcanzar legítimamente sus fines (en la polémica sobre la creación del primer Banco de los Estados Unidos, defendido por Hamilton contra la opinión de Jefferson y Madison).

Esta tesis de los poderes implícitos (*implied powers*) podría mutar en una suerte de presunción de competencia a favor del Ejecutivo, usurpando decisiones que corresponden al Legislador, aún más en regímenes parlamentarios. Para evitarlo, es preciso alertar de sus riesgos y recurrir si es preciso a la doctrina *ultra vires*, entendida como sanción frente a los actos o decisiones que exceden el ámbito propio de poder. El Ordenamiento no reconoce sujetos omnipotentes porque la naturaleza humana incluye tendencias expansivas de las aspiraciones de acción, hasta la *hibris*.

El concepto de policía administrativa ha servido en ocasiones también para relativizar la vinculación positiva en términos no del todo aceptables, si supone un serio menoscabo de garantías. La Administración debe preocuparse de proteger los derechos de las personas y el interés público, precisando esa defensa de las personas intervenciones concretas, cuyo contenido no es siempre predeterminable.

BIBLIOGRAFÍA: ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Cívitas, Madrid, 2000. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", en *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Madrid, 2000. REBOLLO PUIG Manuel, "La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54, 1999. RUIZ PALAZUELOS, Nuria, "A vueltas con los conceptos jurídicos indeterminados y su control judicial", *REDA*, 2019. SÁINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*, Cívitas, 1978.

3. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Esto es posible gracias a la discrecionalidad administrativa, a saber, la capacidad de elegir entre diferentes alternativas, todas ellas consideradas aceptables desde un punto de vista jurídico. El Ordenamiento atribuye esta facultad a la Administración en el ejercicio de ciertas potestades: la organizatoria, la reglamentaria, la de planeamiento, la de nombramiento de puestos de confianza, etc.

La discrecionalidad administrativa, bien entendida, no debe degenerar en arbitrariedad, razón por la cual el Derecho administrativo ha construido numerosas fórmulas de control de su ejercicio, diferenciándolo de otras modalidades de ejecución y aplicación del Ordenamiento: conceptos jurídicos indeterminados, discrecionalidad técnica, control de los elementos reglados, la teoría de los hechos determinantes o el parámetro de los principios generales del Derecho.

En todo caso, las normas, entre las que se encuentra la prohibición de arbitrariedad, sirven para controlar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, a través del seguimiento de los pasos del procedimiento, de la motivación y de la razonabilidad de las decisiones. Todo ello sin alterar el reparto legítimo de funciones constitucionales entre el ejecutivo y el judicial.

Una garantía importantísima frente a la arbitrariedad es, sin duda, la exigencia de motivación de los actos administrativos. La argumentación de las razones que llevan a la Administración a actuar de un modo concreto permite su contestación por los afectados. De tal intercambio transparente de motivos podrá tomar el juzgador el fundamento de su resolución. Si no se hacen explícitos los motivos de los actos o los reglamentos, se deja indefensos en los destinatarios de estas decisiones.

BIBLIOGRAFÍA: ATIENZA, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *Revista Española de Derecho administrativo*, núm.85, 1995. BACIGALUPO SAGESSE, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, Marcial Pons, 1997. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Cívitas, Madrid, 1993. FERNANDO PABLO, Marcos, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1994. NAVARRO GARCÍA, Rocio, *La motivación del acto administrativo*, Aranzadi ,2018. NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, 2000. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar, dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid,

4. LA MAL LLAMADA "DISCRECIONALIDAD TÉCNICA"

La mal llamada discrecionalidad técnica consiste en el deber de la Administración de aplicar el saber científico o técnico para resolver cuestiones complejas en

la interpretación o aplicación del Ordenamiento. Cuando esto ocurre, los órganos administrativos carecen de libertad de elección, y sólo puede reconocérseles capacidad cuando acreditan su solvencia técnica y la ejercen adecuadamente.

Uno de los ámbitos en los cuales la susodicha discrecionalidad técnica presenta mayor importancia, alcance y necesidad de control es el de los concursos y oposiciones, procesos selectivos de empleados públicos. La apreciación de méritos y capacidades de los aspirantes requiere un juicio especializado, que ha de ser sin embargo objetivo, para evitar riesgos clientelares o de preferencia personal contrarios a los principios constitucionales de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos.

Otro sector donde las valoraciones técnicas cualificadas o científicamente complejas es común es el de la intervención de organismos reguladores, dotados de mayor o menor independencia. En estos casos, en algunas tradiciones jurídicas se afirma una suerte de deferencia para con los juicios de la Administración, sobre todo cuando existen márgenes de indeterminación o información insuficiente. La regulación económica propicia decisiones de notable trascendencia en cuanto a los intereses afectados, tanto como susceptibles de opiniones muy diversas.

Por supuesto, también en las licitaciones y adjudicaciones de contratos públicos cabe la invocación de la discrecionalidad técnica, aunque en este caso se ha calificado el sintagma "oferta más ventajosa" como concepto jurídico indeterminado. Al fin, en todos estos casos, el control de la discrecionalidad técnica es posible mediante la aceptación de la prueba pericial y el énfasis en las exigencias de motivación de las decisiones.

BIBILIOGRAFÍA. DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de jurisprudencia)*, Cívitas, Madrid, 1997. RIVERO YSERN, Enrique/RIVERO ORTEGA, Ricardo, "¿Acaso existe la discrecionalidad técnica?" A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010", en *Administración y Justicia*, Cívitas, 2012. SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, "La discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos", *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 30, 1981. TARDIO PATO, José Antonio, *El control jurisdiccional de los concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Cívitas, Madrid, 1986.

5. AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA Y POSICIÓN ANTE EL PODER JUDICIAL

Las relaciones de los particulares con los jueces se resumen en la idea de heterotutela, clave para la convivencia y la paz social. Si las personas defendiéramos

nuestros derechos recurriendo a los medios particulares, se impondrían los más fuertes sobre los débiles, encadenándose abusos de la ventaja y venganzas correspondientes hasta la transformación de la sociedad en una selva.

De ahí la regla elemental de la sujeción de las controversias entre privados a la autoridad pública, ora ejecutiva, ora judicial. Sólo en casos excepcionales –como la legítima defensa– o muy especiales y previstos por las leyes (ejecuciones legales pactadas, pacto comisorio) se prevé la autotutela privada, permitiendo la realización de su derecho por los propios medios.

La Administración, en cambio, no tiene que reclamar el socorro de los jueces para amparar los intereses que le han sido encomendados, pues por un lado dispone de recursos suficientes para hacerlo, y por otro es un poder público democráticamente legitimado. El equilibrio entre poderes exige por supuesto la intervención del juez si es precisa, pero se debe esperar en la mayoría de los casos el pronunciamiento previamente declarativo de la Administración.

El cobro ejecutivo de una deuda o la resolución unilateral de un contrato son claras muestras de esa capacidad administrativa de proteger los intereses a los que sirve, que son los generales o públicos (que no deben confundirse con los particulares de las autoridades y funcionarios). La presunción de validez, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos son los arbitrios jurídicos que lo permiten.

Las leyes reconocen así prerrogativas de autotutela conservativa, declarativa y ejecutiva a la Administración para facilitar el cumplimiento de las tareas que tiene encomendadas, su expeditividad, que podría verse obstaculizada si se permitiera un control *ex ante* de cada uno de sus proyectos de intervención. Nuestra tradición jurídica y de gobierno incluye un principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, de notorio alcance.

Tal privilegio, sin embargo, no comporta exclusión de control judicial –*a posteriori*, en la mayoría de los casos– del actuar de la Administración. En un Estado de Derecho, los tribunales controlan sin excepciones todo el ejercicio del poder público, pudiendo suspender y anular cada una de las decisiones administrativas cuando vulneren el Ordenamiento jurídico o no se ajusten a los fines que las justifican.

Para evitar las más graves lesiones a derechos fundamentales, se establecen excepciones a la autotutela en algunos casos (actos administrativos que requieran entrada en domicilio, por ejemplo) y se corrigen sus abusos mediante garantías como las medidas cautelares (o cautelarísimas). Además de la Jurisdicción contencioso-administrativa, los tribunales del orden civil y penal pueden controlar actuaciones de la Administración en casos graves de carácter delictivo o invasivos de la propiedad privada por la vía de hecho.

BIBLIOGRAFÍA: PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *La Administración y los jue ces,* Caracas, 1989. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La formación histórica del principio de autotutela de la Administración", *Moneda y Crédito* núm.128, 1974. LÓPEZ RAMÓN, Fernando, "Límites constitucionales a la autotutela administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 115, 1988. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX*, Sevilla, 1973.

6. LAS RELACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CON LOS SUJETOS PRIVADOS: POTESTADES EXORBITANTES

Todos los poderes del Estado tienen atribuidas constitucionalmente facultades de acción significativas. El legislativo aprueba las principales normas, el judicial dirime los conflictos y el ejecutivo se ocupa de realizar las tareas necesarias para atender al interés general. Sus funciones son formales, jurídicas, pero también ostentan –en particular, el ejecutivo– poderes de *facto* –que los diferencian materialmente de los particulares.

Cuando la Administración se relaciona con sujetos privados, no lo hace en pie de igualdad jurídica. Su condición de poder público la sitúa en una posición de prevalencia justificada por la vocación servicial y los intereses públicos a proteger. A diferencia de la horizontalidad formal propia de los negocios jurídicos entre privados, raras veces se avienen los órganos administrativos a situarse en tal posición.

Las ventajas jurídicas de la Administración son múltiples, pero entre todas destacan las potestades, poderes llamados exorbitantes por no estar al alcance de los sujetos privados. La única muestra de potestad/función en el ámbito particular es la de los padres sobre los hijos (patria potestad), cuyo ejercicio también ha de hacerse en beneficio de los destinatarios, como ocurre con las administrativas.

Estas se consideran funcionales, desde su teorización por Santi Romano, por ser ejercidas de modo vicarial. La Administración sirve, dice la Constitución, está para atender las necesidades de las personas. Cada poder que se le atribuye tiene como propósito favorecer mejoras en la vida de la gente, ya sea a través de la potestad reglamentaria, la expropiatoria, la de planeamiento o las de recuperación de los bienes públicos.

Todas ellas son poderes unilaterales, no requieren de actos de aceptación de sus destinatarios para poder ser ejercidas. Al mismo tiempo, su ejercicio no es libre para la Administración, sino irrenunciable y debido en aquellos casos en los que el Ordenamiento y en particular la Ley ha marcado la necesidad de las intervenciones. Es un deber para los órganos administrativos utilizar las potestades cuando corresponde.

El concepto de potestad administrativa presenta, entre otras consecuencias jurídicas, la obligación de soportar su ejercicio por parte de los ciudadanos. Aunque puedan impugnar las decisiones de la Administración, quienes son afectados por sus potestades no pueden dejar de acatar en principio sus intervenciones: expropiatorias, sancionadoras, inspectoras o limitadoras.

Todas las potestades se rigen por supuesto por un principio de mensurabilidad, de modo que su alcance está definido por el Ordenamiento, en aspectos competenciales (temporales, territoriales, personales) y por supuesto de procedimiento administrativo, porque el ejercicio del poder de la Administración ha de respetar una serie de condiciones formales que son, a su vez, garantías de consideración de los derechos, intereses y presupuestos objetivos de la intervención, incluyendo sus fines como a continuación expondremos.

BIBLIOGRAFÍA: DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986. GAMERO CASADO, Eduardo, *Desafíos del Derecho administrativo en un mundo en disrupción*, Sevilla, 2015. SANTI ROMANO, *Fragmentos de un Diccionario jurídico,* 2004. SUÑÉ LLINAS, *La potestad, con especial referencia al Derecho administrativo*, Universidad Complutense, 1988.

7. POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y DESVIACIÓN DE PODER

El fin de las potestades es uno de los elementos tasados por el Ordenamiento para garantizar el control de su ejercicio. La potestad reglamentaria tiene como objeto ordenar materias no reservadas al legislador, contribuyendo al mejor desarrollo de las relaciones internas y externas a la Administración. La potestad de planeamiento se confiere para programar estratégicamente en el medio/largo plazo, conforme a indicadores y análisis de las tendencias. La potestad organizatoria ha de servir a la eficacia.

La Administración o sus agentes pueden sentir la tentación de emplear estos poderes con otros fines, ora legítimos (también vinculados al interés público) o directamente conectados a sus preferencias personales. Así, la potestad organizatoria, pensada para disponer las estructuras administrativas con capacidades efectivas, no debería ser utilizada –como ocurre en ocasiones– con el fin desviado de resituar personas concretas por razones subjetivas. La potestad sancionadora, cuyo fin es garantizar el cumplimiento de las normas, no ha de enfocarse con propósitos recaudatorios.

En el Derecho español, la desviación de poder se considera un vicio de mera anulabilidad de los actos administrativos. No debe confundirse pues con el abuso de poder, que es un exceso más grave en el ejercicio de las potestades, ni identifi-

carse necesariamente con otras vulneraciones de orden penal, como la prevaricación. Aunque pudieran coincidir en determinados casos, no existe una correlación perfecta entre nulidad, delito y desviación de poder.

BIBLIOGRAFÍA: BUSTILLO BOLADO, Roberto, "La desviación de poder en el Derecho comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos humanos", *Revista de Administración pública*, núm.188, 2012. CHINCHILLA, Carmen, *La desviación de poder*, Cívitas. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, "Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos", *Documentación administrativa*, núm.5, 2018.

8. RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS DE COOPERACIÓN

Allí donde existen niveles administrativos descentralizados, se articulan relaciones entre los poderes territoriales dirigidas a la mejor realización de sus competencias. La literatura politológica las encuadra en el concepto de "gobernanza multinivel", sistema particularmente complejo en el caso español, al superponerse los niveles municipal, provincial, autonómico, estatal y europeo.

El Ordenamiento intenta promover las relaciones de colaboración interadministativa, por muchas razones, pues éstas son clave en la utilización adecuada de los recursos públicos. Ora mediante la formulación de principios (lealtad institucional, colaboración, coordinación, asistencia mutua...), ora regulando obligaciones más precisas y necesarias para concretar el alcance de la cooperación.

El intercambio de información es una de las claves de esta efectiva colaboración, pues si unas administraciones desconocen los resultados o datos que otras han recopilado, difícilmente podrán sincronizar y coordinar sus actuaciones.

Una técnica clave de la cooperación son los convenios, cuya naturaleza y régimen jurídico se regula en la legislación básica de las Administraciones públicas. El convenio sitúa a dos o más instituciones en pie de igualdad, posibilitando la adquisición de compromisos por parte de cada una de ellas en una línea considerada de común interés. También permite que una Administración pueda utilizar o beneficiarse de ventajas propias de otras.

Las leyes también prevén estructuras concretas para la cooperación, como los consorcios. Estas personalidades jurídicas de Derecho público pueden integrar en sus órganos de gobierno a representantes de distintas administraciones, sumando incluso a organizaciones privadas sin ánimo de lucro.

Alternativamente a los consorcios, pueden utilizarse también personalidades jurídicas de Derecho privado, como las sociedades mercantiles o las fundaciones.

En unas y otras pueden participar distintos organismos públicos, y también sujetos privados.

Una Administración inteligente debiera considerarse integrada en tal sistema, ponderando siempre la alternativa de recurrir a los medios a disposición de otras organizaciones administrativas. La colaboración, el intercambio de información y la puesta a disposición de las capacidades de todos los órganos permite notables ahorros de recursos y mejoras de eficiencia considerables.

A menudo sin embargo son las relaciones de conflicto las más llamativas y desgraciadamente frecuentes. Cuando dos administraciones públicas pugnan por bienes o competencias, terminan enfrentándose en los tribunales, con nefastas consecuencias tanto para la protección de los intereses públicos como para la imagen institucional, pues quiebran la idea de unidad de propósitos públicos del Estado.

BIBLIOGRAFÍA: GOLDSMITJH, Eggers, *Governing by Network: The New Shape of the Public Sector*, 2004. NIETO GARRIDO, Eva, *El consorcio interadministativo*, Cedecs, 1997. PÉREZ MORENO, Alfonso, *Las relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Marcial Pons, 2000. "El Sistema de Administraciones públicas", Conferencia pronunciada en el INAP, Madrid, 2013. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, Madrid, 2013. RIVERO YSERN, Enrique, "Las relaciones interadministrativas", *Revista de Administración Pública*, núm.80, 1976. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *Los convenios entre Administraciones públicas*, Marcial Pons, 1997.

9. RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS DE CONTROL

No todas las relaciones administrativas están basadas en la cooperación. A menudo las instituciones entran en dialécticas por comprensiones opuestas del interés general, o porque sus competencias no siempre se encuentran perfectamente alineadas. Cuando el Ordenamiento quiere resolver estas situaciones, ora atribuye un poder de control a una autoridad sobre otras, ora contempla la heterocomposición mediante técnicas similares a las que dirimen las controversias entre particulares.

La autonomía local no obsta las posibilidades de ejercicio de controles por parte de administraciones territoriales superiores, en todo aquello que afecten a intereses supramunicipales. Lo mismo sucede con la autonomía universitaria, que puede sujetarse a intervenciones preventivas y reactivas para evitar abusos o excesos en su ejercicio.

Recientemente, las previsiones de la normativa de estabilidad presupuestaria han determinado la multiplicación de los controles económico financieros de las autoridades de Hacienda sobre entes locales y otras instituciones. Más allá del deber de colaboración suministrando información, se despliega un régimen de autorizaciones que deben solicitar las administraciones territoriales al gobierno central.

En los casos más graves, si una Administración amenaza los intereses generales del Estado, puede llegar a preverse su intervención, sustituyendo a los representantes electos por otros designados por las autoridades centrales. El principio de autonomía no elude, por tanto, la exigencia de una lealtad constitucional de todo el sistema de Administraciones públicas.

BIBLIOGRAFÍA: GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther, "El control estatal sobre las Comunidades Autónomas·, *Parlamento y Constitución*, núm.11, 2008. RIVERO YSERN, José Luis, "El sistema de control de los actos y acuerdos locales y su relación con el sistema de definición de las competencias locales", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERÍA*, Madrid, 1991.

10. RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS DE CONFLICTO

Aunque la voluntad de colaboración debería presidir las relaciones entre instituciones públicas, diversas razones conducen al desencuentro. La diversa filiación política de los responsables a cargo, sus discrepancias sobre el modo de afrontar los proyectos y políticas públicas, o la interpretación miope de los intereses propios favorecen situaciones en las que chocan y no alcanzan acuerdos.

El Ordenamiento debe poner a disposición mecanismos de conciliación de estos intereses, mediaciones si es preciso y por supuesto todo tipo de oportunidades de aproximación de las posiciones. Si estas fallan, entonces la solución debe dejarse en manos de un tercero (heterocomposición), que puede tener carácter de mediador, árbitro, o juez.

Judicializar los conflictos entre administraciones públicas no parece una respuesta adecuada en términos de atención a los diversos intereses públicos, pero puede ser la única vía de respeto de las posiciones de autonomía de las instituciones confrontadas. El contencioso interadministativo ha de ser la *última ratio* en las relaciones entre instituciones públicas, dejando siempre abierta la puerta de la composición extrajudicial.

Este mecanismo procesal suele presentar peculiaridades, como la suspensión automática de los acuerdos impugnados, cuando una Administración territorial-

mente superior, y que por tanto defiende intereses de mayor alcance, impugna los acuerdos de otra local.

BIBLIOGRAFÍA: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Contencioso interadministrativo", *Revista Uruguaya de Derecho procesal*, 3, 2005. SANZ RUBIALES, Iñigo, *El contencioso interadministrativo (litigios entre Administraciones públicas territoriales),* Marcial Pons, Madrid, 1993.

Tema XIII

EL ACTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 1. Acto y actividad administrativa. 2. Concepto de acto administrativo. 3. Elementos del acto administrativo: subjetivos, objetivos, formales. 4. Cláusulas accesorias del acto administrativo. 5. Clases de actos administrativos. 6. Los actos políticos del Gobierno. 7. Condiciones de eficacia de los actos administrativos: notificación y publicación. 8. Invalidez de los actos administrativos: nulidad y anulabilidad. 9. El principio de conservación de los actos: conservación y conversión. 10. Eficacia retroactiva de los actos administrativos.

1. ACTO Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La actividad administrativa se manifiesta en formas múltiples, así que es un error identificarla sólo con el acto, en cuya definición luego nos detendremos. Una organización de grandes dimensiones da lugar a comportamientos variados, muchos de los cuales producen consecuencias jurídicas, tanto en su proyección *ad intra* como *ad extra*. De todas estas expresiones, nos importan sus efectos.

Es por ello que la distinción entre una llamada actividad material y otra jurídica presenta un alcance relativo a la hora de pronunciarse sobre la necesidad de respetar ciertos principios básicos. Los derechos de las personas deben ser considerados en ambas modalidades, la proporcionalidad rige también en todo caso, y la Administración responde patrimonialmente por cualquier daño producido en un supuesto y en el otro.

Muestra ejemplar de esta afirmación ofrece el régimen de las llamadas vías de hecho, actuaciones administrativas llevadas a cabo al margen de las exigencias formales o procedimentales. Cuando la Administración omite todos los trámites requeridos para una intervención, ocupando una propiedad o tomando una decisión de plano, sin audiencia, se aplica también el régimen administrativo de las nulidades.

Otra especie de actividad con repercusiones significativas es la información administrativa, cuyas consecuencias pueden ser graves por la capacidad de convicción sobre la opinión pública, la credibilidad y resonancia de los medios al servicio de la Administración. Por ello, este tipo de intervención debe ser igualmente ponderada y tenida en cuenta, tanto en sus efectos sobre derechos, como por las posibles consecuencias de la responsabilidad.

Lo mismo ha de apuntarse sobre la llamada actividad informal, traducida en conversaciones, llamadas de teléfono, presencias sin ejercicio de potestades y reu-

niones en las que no se toman decisiones, ni se dictan órdenes o afectan derechos, pero producen efectos indudables sobre las conductas de los sujetos, sus expectativas y sus actitudes ante los intereses afectados.

Aun mayor atención merece la actividad técnica, cuya importancia se multiplica en un contexto de creciente utilización de medios electrónicos. Siempre han existido muestras de actividad administrativa automatizada –pensemos en los semáforos– pero ahora el salto hacia una Administración informatizada es exponencial, así que el Derecho debe preocuparse de estudiar sus consecuencias.

Muy necesario es también incorporar al análisis jurídico administrativo las consecuencias jurídicas de las pasividades. La Administración pública puede actuar o no hacerlo, de hecho o formalmente, produciendo en ambos casos resultados de ampliación o menoscabo de derechos e intereses, públicos y particulares. Así que tanto la inactividad formal, como la pasividad material, nos han de interesar sobremanera.

Los reglamentos demuestran que no todas las decisiones de la Administración son actos. Mientras los primeros tienen naturaleza normativa, los actos sirven para la ejecución de otras normas, sin producir efectos innovadores del Ordenamiento jurídico. Ya nos hemos ocupado de su régimen monográficamente, de manera que en este tema comprobaremos las diferencias de tratamiento de actos y reglamentos.

Por último, un tipo diferenciado de actividad administrativa, también de carácter formal, nos la ofrecen los convenios y contratos. Los segundos serán objeto de un estudio pormenorizado en otro capítulo aparte. Los primeros merecen también una regulación completa, toda vez que el protagonismo de la actividad unilateral se va viendo sustituido por el acuerdo, la negociación y la colaboración entre Administración pública y sujetos privados.

BIBLIOGRAFÍA: BOHNE, Eberhard, *Informales Verwaltungshandeln im Gesetxes vollzug*, 1984. GOMÉZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración,* Aranzadi, 2002. GONZÁLEZ VARAS, Santiago, *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid, 1984. RIVERO YSERN, Enrique, "Reflexiones sobre la actividad interna", en *El Derecho administrativo del siglo XXI,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. VELASCO CABALLERO, Francisco, *La información administrativa al público,* Marcial Pons, Madrid, 1998.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

Las primeras caracterizaciones del acto administrativo se encuentran en textos de finales del siglo XVIII en Francia, asociándolo a las funciones de la Adminis-

tración (Merlin) y regulándolo la Ley de 24 de agosto de 1790 como técnica. En España, Escriche definía los actos administrativos en 1838 como "las decisiones, providencias o hechos que cualquiera autoridad administrativa o agente del gobierno toma o ejecuta en desempeño de sus funciones".

Ofrecemos un concepto restringido de acto administrativo, entendido como declaración de voluntad formal de la Administración, sin carácter normativo, en ejercicio de sus potestades. Las decisiones no normativas resultantes de intervenciones protocolizadas con efectos *ad intra* o *ad extra*, repercutiendo sobre derechos o intereses, se incluyen en esta comprensión de los actos, sin obviar otras formas de actividad.

Deliberadamente nos separamos del clásico concepto de acto administrativo, el de Zanobini, matizado por García de Enterría y Fernández Rodríguez, al excluir del mismo los reglamentos. También las manifestaciones de juicio o de deseo deben en nuestra opinión recibir un tratamiento diferenciado, como igualmente consideramos preciso restringir el concepto de acto a aquellas muestras del actuar administrativo procedimentalizadas y documentadas.

A la exclusión de los reglamentos y otras manifestaciones de la actividad antes relacionadas, hemos de sumar ahora la consideración marginal de muchos actos de trámite, sin perjuicio de extender, como a todo el proceder de la Administración, exigencias de respeto de los derechos y los principios básicos del régimen administrativo también a estas manifestaciones.

BIBLIOGRAFÍA: BOCANEGRA, Raúl, *Teoría del acto administrativo*, Iustel, 2005. BOQUERA OLIVER, José María, *El acto administrativo*, Cívitas, 1974. BUSTILLO BOLADO, Roberto, "El concepto de acto administrativo y la teoría del negocio jurídico", en *Homenaje a Luis ROJO*, 2003. RIVERO ORTEGA, Ricardo "El acto administrativo en el Derecho comparado", en Instituto Internacional de Derecho administrativo, *El acto administrativo*, 2022.

3. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SUBJETIVOS, OBJETIVOS, FORMALES.

Los actos administrativos, así considerados de forma restrictiva, deben reunir una serie de elementos subjetivos, objetivos y formales. Han de ser dictados por la Administración, como consecuencia del ejercicio de una potestad conferida para la satisfacción del interés público en algunas de sus concretas traducciones, y respetando una serie de formalidades y garantías del acierto y legalidad de sus resultados.

Entre los elementos subjetivos del acto hay que señalar la Administración pública, el órgano válidamente constituido y con competencia. Los actos son decisiones de una Administración, luego se excluyen aquellos provenientes de los particulares, salvo que aquella los haga suyos. Deben ser dictados por un órgano, integrado en el esquema organizativo correspondiente, y con la competencia para hacerlo, conforme a las normas que atribuyen las potestades.

Más difusos en sus perfiles son los elementos objetivos del acto, fiscalizables no obstante mediante su contraste con el Ordenamiento jurídico. A saber: presupuesto de hecho, fin, causa.

Presupuesto de hecho como pieza del silogismo jurídico, a modo lógico. Puede estar descrito en términos perfectamente objetivos, y por tanto automáticos (cumplimiento de la edad, un plazo, exigencia de un título académico) o en forma de *conceptos jurídicos indeterminados* (necesidad, urgencia, mayor idoneidad, reconocido prestigio, etc).

El fin es el atribuido por el Ordenamiento a la concreta potestad administrativa ejercida al dictar el acto. Prevenir o reprimir las conductas ilícitas, en el caso de la sancionadora; velar por el cumplimiento de las normas, al ejercer la inspectora; estimular conductas alineadas con el interés público, al subvencionar. La utilización de las potestades para fines distintos a los apropiados supone incurrir en *desviación de poder*.

La causa, más allá de la concurrencia de los hechos precisos, se interpreta como proyección adecuada y congruente de la potestad al caso concreto, a los efectos de realizar sus fines típicos. Todo acto ha de mostrarse coherente con los propósitos legales de la habilitación para su dictado.

También son relevantes los elementos formales de los actos administrativos, aunque a menudo tiendan a trivializarse. Estos se concretan en el procedimiento y la forma de expresión. El primero, lejos de tener un sentido meramente ritual, obedece a la búsqueda de legalidad, acierto y participación de los intereses afectados en la toma de la decisión. Y la forma de expresión es clave para el control, la exigencia de responsabilidades y la utilización de la experiencia acumulada en el futuro proceder administrativo.

No suele repararse en esta razón de ser del deber de dejar constancia documental, mediante la formación de expediente administrativo. Sus conexiones con archivos y registros evocan una memoria administrativa imprescindible para la inteligencia de la organización, ora empleada para reconsiderar las decisiones, ora para mejorar en el futuro los diagnósticos y soluciones de políticas públicas.

Una conquista histórica es el deber de motivar los actos, requisito cuya evolución va transformándolo de elemento formal a sustantivo, incluso presupuesto ineludible

en un número considerable de decisiones por su contenido discrecional o incidencia sobre derechos sensibles, que merecen particular consideración. Por ello se observa una creciente tendencia a considerar su omisión un vicio de anulabilidad cuando menos, alcanzando la nulidad en otros Derechos administrativos comparados.

BIBLIOGRAFÍA: CARRETERO PÉREZ, Adolfo, "Causa, motivo y fin del acto administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm.58, 1969. ESCUIN PALOP, Vicente, *El acto administrativo implícito*, Cívitas, 1999. FERNANDO PABLO, Marcos, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1994. MERLIN, *Repertoire de Jurisprudence*, 1798. NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío, *La motivación de los actos administrativos,* Aranzadi, 2018. RUIZ ARNÁIZ, Guillermo, "El acto administrativo. Concepto y elementos. Las clases de actos administrativos en las entidades locales", en *Procedimiento administrativo local*, 2010.

4. CLÁUSULAS ACCESORIAS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La sujeción de los actos administrativos a condición, término o modo ha sido considerada perfectamente aceptable por su propia naturaleza, siempre y cuando el tipo de actos afectados lo permita. Tratándose de actos reglados y cerradamente automatizados, la Administración no dispone de márgenes apenas para condicionar, mientras que cuando se ejercen potestades discrecionales o se trata de apreciar la concurrencia de supuestos de hecho futuribles, cabe incorporar condiciones o modos (exigencias concretas dirigidas al destinatario del acto).

Es preferible que el Ordenamiento establezca posibilidades concretas de aplicación de condiciones resolutivas o suspensivas a los actos –las licencias, por ejemplo– así como la utilización de cláusulas como la "adaptación a la mejor tecnología disponible".

La mayoría de los actos administrativos consisten en una declaración de voluntad unilateral imperativa, sin cláusulas accesorias, pero perfectamente pueden incorporar estas previsiones en forma de condición, término o modo. Así sucede habitualmente con actos típicos, como las licencias, u otros que subordinan sus efectos al transcurso de un lapso de tiempo o la concurrencia de supuestos de hecho futuribles.

BIBLIOGRAFÍA: BOQUERA OLIVER, José María , "El condicionamiento de las licencias", *Revista de Administración Pública*, núm.37, 1962. ESTEVE PARDO, José, "La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible", *Revista de Administración Pública*, 149, 1999 FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *El acto administrativo*, Madrid, 1924. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La autorización administrativa*, Madrid, "VELASCO CABALLERO, Francisco, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1999.

5. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Optando por un concepto restringido de acto administrativo, podemos limitar la tipología de los actos, pues en una alternativa amplia habríamos de comenzar distinguiendo las manifestaciones de voluntad y aquellas otras de conocimiento o de deseo también emanadas de la Administración. Siendo los actos sólo aquellos que expresan la voluntad administrativa en ejercicio de potestades, salvo la reglamentaria, las clases de actos pueden acotarse mejor.

Una dicotomía clásica de los actos administrativos es la que diferencia los resolutorios de aquellos otros actos de trámite. Los primeros son los que ponen fin al procedimiento, siendo conocidos como resoluciones, mientras los segundos componen la secuencia que lleva hasta tal resultado, encadenando puntuales manifestaciones de voluntad auxiliares de la principal resolutoria.

El Derecho administrativo suele tratar diferencialmente la impugnabilidad de las resoluciones, por regla general recurribles, y la de los actos de trámite, que sólo lo son cuando presentan un carácter materialmente resolutorio, esto es, ponen fin a las cuestiones suscitadas en el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable para los derechos o intereses afectados.

Relevante a numerosos efectos es la clasificación de los actos en reglados y discrecionales. Los primeros serían como sabemos aquellos en los cuales la Administración simplemente aplica las normas, sin margen de elección entre opciones alternativas, mientras los segundos comportarían una apreciación de oportunidad y la posibilidad consiguiente de optar entre varias alternativas.

Otra clasificación relevante, con notables consecuencias diferenciales de régimen jurídico, es la que separa los actos favorables de los desfavorables. Los declarativos o ampliadores de derechos favorecen a sus destinatarios, mientras los de gravamen limitan, restringen, perjudican o menoscaban posiciones jurídicas preexistentes. Para la Administración suele ser mucho más sencillo modificar los segundos que los primeros.

BIBLIOGRAFÍA: GARCÍA TREVIJANO, José Antonio, *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Montecorvo, Madrid, 1993. VILLAR EZCURRA, José Luis, "Los actos administrativos de trámite. El acto reiterativo y la indefensión del particular", *Revista de Administración Pública*, núm.86, 1978.

6. LOS ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO

Los gobiernos no son sólo órganos administrativos. Tienen también un carácter político que les confiere además la legitimidad de los procesos democráti-

cos. Sus decisiones no se circunscriben por ello a la mera ejecución de las leyes; también incluyen la dirección de la Administración, el impulso de programas, la interacción con otros poderes y las relaciones internacionales.

El carácter político de los actos se ha calificado como una versión más amplia de la discrecionalidad y el criterio de oportunidad. Un ejemplo controvertido que dio lugar a la respuesta judicial es el de la desclasificación de los secretos oficiales, objeto de una jurisprudencia sobre los "conceptos jurídicamente asequibles" que permiten a los tribunales entrar a revisar tanto los presupuestos de hecho como la coherencia de los motivos esgrimidos (u ocultos) tras las decisiones pretendidamente políticas.

Otros supuestos de actos políticos son la iniciativa legislativa, las comunicaciones institucionales de más alto nivel y las relaciones internacionales. La iniciativa legislativa se traduce en el acto de presentación de proyectos de Ley. Las relaciones entre poderes comportan cuestiones de oportunidad no siempre tasadas, lo que ocurre también con algunos elementos de la acción exterior del Estado, aunque presidida por supuesto por el respeto a las normas del Derecho internacional.

Mención aparte merece la potestad de indulto, que ha sido sujeta a límites precisos, como la exigencia de motivación, en sentencias recientes del Tribunal Supremo. La llamada "gracia" no puede equipararse en un Estado de Derecho al patronazgo real premoderno. Si el Gobierno quiere hacer uso de sus facultades excepcionales de perdonar condenas judiciales, debe explicar coherentemente las razones de su decisión, impugnable por los afectados por los hechos juzgados.

BIBLIOGRAFÍA: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español*, 1978. BARATA I MIR, Joan, *Los actos del gobierno en el ámbito municipal,* Tecnos, 1999. Madrid. DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, *Razones de Estado y Derecho (del control judicial de los secretos oficiales),* Valencia, 1999. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, "Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto", *Revista de Administración Pública*, núm.194, 2010. LOZANO CUTANDA, Blanca, *La desclasificación de los secretos de Estado*, 1998.

7. CONDICIONES DE EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN

Los actos administrativos se presumen válidos, pudiendo producir efectos desde su dictado, salvo cláusulas accesorias o condiciones adicionales asociadas a su comunicación a los destinatarios, por un elemental principio de debido proceso y por la consideración a demostrar para con todas las personas que se relacionan

con la Administración pública. De ahí que los requisitos más frecuentes para la eficacia sean la notificación o, alternativamente, la publicación.

Procede la notificación en todos aquellos casos en los cuales el acto está dirigido a personas físicas o jurídicas individualizadas e identificables, esto es, cuando son conocidos y accesibles en número y localización los afectados por la decisión tomada por la Administración, máxime en aquellos casos en los que han participado en el procedimiento que da lugar al acto desde la condición reconocida de interesados. En esos casos, el acto no puede desplegar efectos hasta que se acredita su conocimiento por quienes lo necesitan.

No es infrecuente sin embargo la actitud táctica de esquivar la notificación con el propósito principal de dificultar o posponer su eficacia, entorpeciendo la labor administrativa y perjudicando de paso los intereses generales. Ante esta posibilidad, las leyes establecen protocolos de intento de notificación y acreditación de su imposibilidad que deben ser suficientemente rigurosos y garantistas, lo que exige la Jurisprudencia.

Hoy muchos de los problemas de las notificaciones tienden a superarse gracias a la previsión de modalidades tecnificadas de intercambio de mensajes entre Administración y ciudadanos. La conectividad creciente en un mundo marcado por la generalización de dispositivos electrónicos, teléfonos inteligentes y trazabilidad de las posiciones geográficas mejora la circulación de la información también en los procedimientos administrativos.

Como alternativa a la notificación, se prevé la posibilidad de publicar los actos administrativos, medio alternativo de comunicación también previsto para los supuestos de pluralidad indeterminada de destinatarios o potenciales incidencias sobre intereses difusos no perfectamente localizados. La publicación sin embargo recurre aún a medios un tanto obsoletos, como tablones de anuncios o boletines oficiales.

BIBLIOGRAFÍA: BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, 1995. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho administrativo,* Centro de Estudios Constitucinales, 1992.

8. INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: NULIDAD Y ANULABILIDAD

Los vicios determinantes de la invalidez de los actos administrativos pueden determinar su nulidad, anulabilidad o consideración de mera irregularidad. Las diferencias clásicas entre la nulidad y la anulabilidad, según la teoría general del

Derecho, radican en primer lugar en los efectos *ex tunc* o *ex nunc*, desde la fecha del dictado del acto o desde la fecha de la declaración de invalidez, con retroacción o no de las consecuencias de tal declaratoria.

También suele señalarse como diferencia entre nulidad y anulabilidad las consecuencias *erga omnes* e *ipso iure* de la declaración de nulidad, proyecciones atenuadas en el caso del Derecho administrativo por variables procesales relevantes, como el carácter preclusivo de los plazos de interposición de los recursos contencioso administrativos y el principio del acto firme y consentido.

Aun así, la nulidad de pleno derecho es un vicio de invalidez más grave, normativamente reservado para las infracciones groseras del Ordenamiento jurídico, aquellas que demuestran una mayor desconsideración de las normas adjetivas o sustantivas, así que existe un interés público en facilitar su revocación, extremando también los resultados de la misma.

Los vicios de nulidad de los actos comunes a ordenamientos comparados se refieren a la protección del orden constitucional y los derechos fundamentales: contemplar la nulidad de los actos que los vulneren es perfectamente coherente con el realce de la Constitución y sus valores en el sistema de fuentes. También la consecuencia de la nulidad de los actos constitutivos de delito, desde el presupuesto de que el Código Penal sirve para reaccionar ante los comportamientos socialmente más dañinos, a modo de Constitución negativa.

Menos problemáticos son los supuestos de nulidad en aquellos casos en los cuales nos encontremos ante un órgano manifiestamente incompetente o que haya prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido para ello. Es bien sabido que estos casos han de ser interpretados muy restrictivamente, pues los vicios de competencia o procedimiento pueden ser irregularidades no invalidantes, en los casos más leves, motivos de anulabilidad, en los graves, y únicamente siendo gravísimos de nulidad de pleno derecho, raramente.

Finalmente, la cláusula residual de nulidad en todos aquellos casos de infracciones expresamente sancionadas por otras normas, recuerda la complejidad y variedad del Derecho administrativo, compuesto también por numerosas leyes especiales que pueden y deben señalar motivos concretos de nulidad cuando consideren que la gravedad de la contravención así lo justifica.

Así, por ejemplo, en el Derecho de la función pública o de la contratación administrativa suelen contemplarse supuestos de nulidad orientados a la protección de los principios más básicos de estos bloques de normas administrativos. La previsión de nulidad de determinadas decisiones contractuales acordadas sin disponibilidad presupuestaria, o contratando con sujetos incursos en prohibición, o

la selección de empleados públicos que no cumplan condiciones elementales para el ejercicio de las funciones encomendadas.

La anulabilidad es la consecuencia más habitual de la invalidez de los actos administrativos, toda vez que cualquier infracción del Ordenamiento que no constituya motivo de nulidad se considera anulabilidad. Las contravenciones de las normas por parte de la Administración producen por regla general esta consecuencia, cuyas diferencias con la nulidad son diversas en función de los ordenamientos comparados.

Mientras en algunos sistemas jurídicos la nulidad de los actos siempre puede ser cuestionada, otros establecen límites temporales o formales que facilitan la consolidación de actos de esta naturaleza. Los plazos de impugnación, la idea del acto firme y consentido o la protección de la seguridad jurídica son las razones esgrimidas para no aplicar la teoría general de las nulidades a los actos administrativos en todo caso.

Entre los posibles motivos de la anulabilidad de los actos administrativos, suele destacarse la desviación de poder, esto es, la utilización de las potestades administrativas con fines distintos a los previstos por el Ordenamiento jurídico. Cuando un acto es formalmente impecable, pero puede demostrarse que persigue objetivos diferentes a aquellos para los cuales se confirió el poder, incurre en este reprobable vicio.

El Derecho ha sumado a los clásicos vicios de anulabilidad, sustantivos y procedimentales, la falta de motivación suficiente en los actos reglados, previsión que plantea la duda sobre la necesidad y el grado de exigibilidad de motivación sobre actos en los que la Administración no goza de margen de elección entre opciones alternativas. Cuando los órganos administrativos se limitan a aplicar las normas en un proceso de subsunción o silogismo, no hay mucho que explicar a los destinatarios, salvo la cita de los preceptos aplicados.

Este motivo debiera interpretarse con cierta cautela, extendiendo la posibilidad de motivación por referencia normativa o a los documentos contenidos en el expediente. Una motivación suficiente en actos reglados puede ser la integración de las circunstancias de hecho en el tipo normativo aplicado, especialmente en aquellos casos en los cuales la interpretación pudiera ser compleja o dar lugar a particulares dudas. En los casos claros, tal motivación podría aceptarse implícita.

Por último, debe señalarse que algunas infracciones normativas puramente formales, sin particular trascendencia sobre derechos o intereses de terceros, pueden considerarse irregularidades no invalidantes. Los meros defectos de forma, de competencia, de procedimiento o de plazos, siempre y cuando no estuvieren contaminados por otras transgresiones de las normas, dan lugar a este vicio menor.

Claro está que toda vulneración de las normas puede ser reprochada, y el hecho de considerar no invalidantes estos defectos no supone que no puedan producirse consecuencias jurídicas de otro orden por su concurrencia. Así, cabe señalar posibles repercusiones organizativas y exigencias de responsabilidades disciplinarias u de otro tipo a los servidores públicos negligentes.

BIBLIOGRAFÍA: BELDADIEZ ROJO, Margarita, *Eficacia y validez de los actos administrativos*, Marcial Pons, CANO CAMPOS, Tomás, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2008. VICENTE DOMINGO, Ricardo, *La invalidez de los actos administrativos por motivos formales*, Valencia, 2018.

9. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS: CONSERVACIÓN Y CONVERSIÓN

La mayoría de los Ordenamientos reconocen la necesidad de sentar un principio general de conservación de los actos administrativos por razones de seguridad jurídica. Téngase presente que las decisiones de la Administración pública generan toda una serie de expectativas y tienden a consolidar derechos y otras posiciones jurídicas merecedoras de consideración, amén de vincularse a la protección del interés público y la sociedad.

Es legítimo salvar de la invalidez aquellos elementos de los actos que no se encuentren contaminados por los vicios, convertir los actos en otros que sí cumplieran los estándares de legalidad del Ordenamiento y/o convalidar mediante la subsanación de defectos formales aquellos actos cuyo mantenimiento sea necesario por razones de interés público.

Consecuencia de esta tendencia favorable es la convalidación de los actos, esto es, su relegalización tras subsanar aquellas carencias jurídicas que presentaran, ora formales, ora sustantivas.

La conversión, en cambio, supone transformar un acto administrativo inicialmente inválido en otro que salva varios de sus elementos, los legales, y produce parte de sus consecuencias, esquivando la parte del mismo o de sus efectos contraria al Ordenamiento jurídico. Los actos administrativos pueden tener un contenido complejo y pueden modularse para evitar drásticas consecuencias de nulidad o anulabilidad.

Queda clara así la preferencia del Ordenamiento jurídico por la protección de los actos administrativos, compatible por supuesto con el necesario respeto de las normas. La Administración pública es un poder cuyos cometidos institucionales han de coincidir con los intereses generales, por lo que debe exigírsele el cumplimiento del principio de legalidad, pero sus decisiones a menudo son imprescin-

dibles para garantizar el bien común, objetivo que también debe ponderarse al pronunciarse sobre la eficacia de sus actos.

BIBLIOGRAFÍA:. ESCUIN PALOP, Vicente, *La conversión de los actos administrativos. Dogmática y realidad.* 2010.

10. EFICACIA RETROACTIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El Ordenamiento muestra numerosas reservas ante la retroactividad, por obvias razones de seguridad jurídica. Las personas consideramos consolidadas las situaciones por el transcurso del tiempo, de manera que cualquier alteración de las circunstancias pasadas, sobrevenida o inesperada, plantea el riesgo de incrementar la incertidumbre y con ella la desconfianza.

Toda vez que la confianza es presupuesto del progreso y la cohesión social, tanto las reglas como los poderes aplicadores, tanto administrativo como judicial, han de ser extremadamente cuidadosos en la concesión de retroactividad a sus decisiones. De ahí la previsión general de prohibición de retroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales.

Así mismo, puede sostenerse un principio de irretroactividad de cualquier medida ablatoria o imitadora de posiciones jurídicas previamente consolidadas, derechos adquiridos o intereses que por su relevancia sean equivalentes. El poder público puede prohibir o limitar hacia el futuro, no mirando a un pasado en el que quien actuó lo hizo amparándose en la libertad de entonces.

Otro de los requisitos de la retroactividad de los actos administrativos es la condición de que los presupuestos de hecho y derecho del acto se dieran ya en la fecha en que se retrotraiga la eficacia del acto. Si no se daban tales condicionantes jurídicos y fácticos, el acto dictado con tal efecto retroactivo presenta contenido imposible, no podría haberse dado en tal momento, luego su contenido es imposible, ora jurídica, ora fácticamente

La retroactividad de los actos administrativos está exclusivamente prevista para los de carácter favorable, siempre y cuando, precisa el precepto, sólo produzcan tales efectos ampliadores de derechos, descartando por tanto aquellos actos de doble o triple efecto cuyo carácter favorable o limitado dependa de la posición de los destinatarios.

Por tanto, si un acto administrativo produce efectos favorables para un sujeto, pero por otro lado perjudica a terceros en sus derechos o intereses, incluso cuando plantea un perjuicio difuso para la comunidad, por sus proyecciones sobre los

intereses de los consumidores, o el medio ambiente, no cabría concederle efectos retroactivos sin incurrir en un vicio de invalidez.

Cuestión relevante es la de determinar si este vicio de invalidez consiste en una mera anulabilidad del acto o una nulidad de pleno derecho, cuestión nada trivial. Es necesario señalar si la concesión de retroactividad constituye una mera infracción del ordenamiento jurídico o supone incurrir en uno de los supuestos de nulidad previstos en la Ley.

Ello dependerá sobre todo de la coincidencia de la retroactividad con alguno de los supuestos de nulidad expresamente previstos. Así, por ejemplo, si la retroactividad concedida al acto determina vulneraciones del orden constitucional, o se atribuye prescindiendo total y absolutamente del procedimiento, producirá su nulidad. En muchos casos, también podrá invocarse como vicio de nulidad el contenido imposible del acto.

BIBLIOGRAFÍA: BELANDO GARIN, Beatriz, *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*, Cívitas, 2008.

Tema XIV

EL PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 1. Concepto y razón de ser del procedimiento administrativo. 2. Régimen jurídico aplicable: la codificación. 3. Principios generales del procedimiento administrativo. 4. Estructura del procedimiento administrativo: iniciación, instrucción, finalización y ejecución. 5. La ordenación del procedimiento: el expediente administrativo y las responsabilidades en la tramitación. 6. La imparcialidad en el procedimiento: abstención y recusación. 7. Derechos de las personas en el procedimiento administrativo. 8. Obligaciones en el procedimiento administrativo. 9. El procedimiento administrativo digital: impacto de las nuevas tecnologías. 10. La simplificación del procedimiento administrativo.

1. CONCEPTO Y RAZÓN DE SER DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La definición más tópica del procedimiento administrativo es aquella que lo describe como "cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin" (Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958). Tal perspectiva secuencial –cadena de trámites– enfatiza los elementos formales previos a la resolución.

Otra manera de ver esta institución es comprender su sentido optimizador de la calidad de las decisiones de la Administración, en tanto canal necesario para la formación de la voluntad de sus órganos. Ayudar a prevenir errores y conseguir la consideración de la información relevante antes de pronunciarse serían sus propósitos, así que lo formal serviría para alcanzar el acierto.

Dialécticamente suele presentarse en doble faz el procedimiento administrativo: por un lado, incrementaría la eficacia; por otro, garantizaría la posibilidad de defensa de derechos. Sin la maquinaría procedimental, la Administración en ocasiones no podría pronunciarse; sin la oportunidad de defensa del procedimiento, algunos derechos podrían verse gravemente dañados.

Hoy, en el contexto de la sociedad de la información, el procedimiento también sirve como herramienta de recopilación de datos para la Administración, cuyo criterio ha de formarse debidamente para tomar decisiones apropiadas. El principio de objetividad supone una actuación informada, que tienen en cuenta tanto los diversos puntos de vista como la realidad de los hechos en cada caso. Para esto sirve el procedimiento administrativo.

BIBLIOGRAFÍA: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Procedimiento administrativo. Concepto, regulación y tipos", *Estudios de Derecho administrativo* núm.10, 2014. HO-

FFMANN RIEM/SCHMIDT-ABMANN, *Vervaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Baden Baden, 2000. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Aranzadi, 2008. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "¿Necesitamos una nueva Ley de Procedimiento administrativo en España?", en *Estudios sobre Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 2014. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de procedimiento administrativo*, Aranzadi, 2000.

2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE: LA CODIFICACIÓN

Procedimiento administrativo existe en todos los países con una Administración pública organizada, pero su régimen jurídico puede encontrarse disperso y no codificado. Así sucede donde esta institución no se ha desarrollado plenamente como garantía clave del interés general y la protección de los derechos e intereses de las personas.

En Alemania, Estados Unidos, España, Italia y la mayoría de las repúblicas americanas sí encontramos una regulación monográfica, ora en leyes llamadas de procedimiento, ora en otras de régimen jurídico de la Administración. Colombia, Costa Rica, Chile o la República Dominicana son algunos ejemplos de buen desarrollo de la institución.

La Ley alemana es la *Verwaltungsverfahrengesetz,* puesta al día en las últimas décadas para encajar las posibilidades ofrecidas por la sociedad de la información y el conocimiento. Su aprobación en 1974 siguió a un acuerdo entre el *Bund* y los *Länder* para impedir la fragmentación regional de los aspectos básicos del régimen administrativo.

En Estados Unidos, desde su dictado, la *Federal Administrative Procedure Act* ha sido objeto de numerosas modificaciones. Su primera versión, de 1946, precedida por las de varios estados (Dakota del Norte, Wisconsin, Carolina del Norte y Wisconsin), regulaba el dictado de normas por la Administración, los actos, el régimen de las autorizaciones y las imposiciones restrictivas o sanciones en sentido amplio (prohibiciones, limitaciones).

A finales del siglo XX y principios del siglo XXI la normativa procedimental administrativa fue innovada por las leyes reguladoras de la Administración electrónica, produciéndose paralelismos entre las clásicas regulaciones del proceder en papel, con las dedicadas a las nuevas tecnologías. Hoy ambas convergen en los países más desarrollados.

Lo muestra el caso español, en el que la normativa de procedimiento administrativo común no se encontraba sólo en la Ley 30/92. También la Ley 11/2007, de

Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, regulaba esta materia. Lo hacía para los procedimientos en formato electrónico, superando la tradicional tramitación en papel, carpetas y expedientes de típico carácter burocrático.

Hoy ambos textos han sido fusionados en una única Ley: La 39/2015, de procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El llamado gobierno electrónico (*en línea*) tiende a incorporar el clásico régimen del procedimiento administrativo, pues al fin ambos tratan en formatos diversos las mismas cuestiones.

Otras leyes administrativas relevantes contienen igualmente aspectos de procedimiento administrativo común. Así, la Ley de Transparencia y Buen Gobierno. O normas en ámbitos determinados que regulan cuestiones relativas al silencio administrativo, los recursos o el ejercicio de potestades concretas más o menos reguladas en la legislación común general.

El régimen del procedimiento administrativo no se agota ni en España ni en otros países descentralizados (como los Estados Unidos) en la normativa básica estatal. También se contiene en leyes estatales o autonómicas que se han ocupado de aspectos del régimen del procedimiento administrativo. En algunos casos, con mayor detalle o mejor acierto que el del legislador central.

La propuesta de una codificación del procedimiento administrativo en Europa demuestra la importancia de esta institución, así como la necesidad de organizar en un régimen jurídico consolidado los principales aspectos de la misma. Aunque las regulaciones nacionales presenten peculiaridades dignas de análisis (como la ausencia de una regulación completa en Francia), lo cierto es que el desarrollo de una Administración común europea requiere también un Código de procedimiento.

Tal es el objeto de la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2013, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea, texto que incluye una serie de principios generales por los que la administración debe regirse: legalidad; no discriminación e igualdad de trato; proporcionalidad; imparcialidad; coherencia y expectativas legítimas; respeto a la intimidad; equidad; transparencia; eficacia y servicio.

Entre las normas dirigidas a las decisiones administrativas destaca la regulación del inicio del procedimiento, el acuse de recibo, la imparcialidad de las decisiones, el derecho a ser oído, el derecho de acceso al propio expediente, la fijación de plazos razonables, la forma de expresión, la notificación y la indicación de los recursos disponibles.

BIBLIOGRAFÍA: FUERTES LÓPEZ, Mercedes, *Un procedimiento administrativo para Europa*, Aranzadi, 2012. LÓPEZ RODO, Laureano, "La codificación del procedimiento

administrativo: razón de ser, tradiciones y encuadramiento constitucional", en *Procedimiento administrativo,* 1994. MEYER, Hans, "El procedimiento administrativo en la República Federal de Alemania", en BARNÉS VÁZQUEZ (Coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Cívitas, Madrid, 1993. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "La codificación del procedimiento administrativo en Iberoamérica: un hito más (Paraguay)", *Revista de Administración Pública*, 2021. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El expediente administrativo*, Aranzadi 2008. SORIANO GARCÍA, José Eugenio, Dir, *Procedimiento administrativo europeo*, Cívitas, Madrid, 2012. SOSA WAGNER, Francisco, FUERTES LÓPEZ, Mercedes, "Europa y el procedimiento administrativo", *Actualidad Jurídica* Aranzadi, 2011. VILLAR PALASÍ, José Luis, "La *Federal Administrative Procedure Act*, de Estados Unidos", *Revista de Administración Pública*, núm. 1, 1950.

3. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ya hemos explicado que los principios generales del Derecho administrativo desarrollan una función hermenéutica y coadyuvan a la resolución de antinomias. Tanto en caso de duda como cuando las normas parecen contradecirse, recurrir a los principios nos permite encontrar respuestas coherentes y respetuosas con valores superiores del Ordenamiento, que se encuentran a menudo en la Constitución.

Así, comenzando por el principio de contradicción, reconoceríamos el valor defensivo del procedimiento administrativo –debido proceso– vinculado al derecho constitucional de tutela (en este caso no judicial, sino administrativa). Ningún procedimiento ha de resolverse sin escuchar a los afectados, que tienen derecho a participar y por supuesto ser oídos.

La Administración debe respetar también los principios de objetividad y oficialidad. Teniendo presentes los puntos de vista de los interesados, ha de proteger el interés público impulsando el procedimiento desde su inicio hasta su finalización para realizar su propósito, ya sea satisfacer derechos (concediendo una licencia, por ejemplo), ya cumplir las normas (imponiendo una sanción, en su caso).

En la tramitación, debe atenderse a un principio de celeridad, evitando dilaciones indebidas e intentando resolver en un plazo razonable, el menor tiempo posible. De ahí que deban acumularse en actos simultáneos todos los trámites que no requieran una ejecución sucesiva. No deben interpretarse los términos como lapsos temporales a agotar, sino como topes que no debieran ser superados.

Si es posible instruir más rápidamente los procedimientos administrativos es porque estos no requieren los mismos formalismos que son propios de los procesos judiciales. Aunque no siempre el procedimiento parece respetar un carácter antiformalista, a la vista de los escritos y protocolos de la Administración, sí debe

reconocerse que los vicios formales no producen las mismas consecuencias que en un tribunal.

El principio de exigencia de legitimación restringe la participación en muchos procedimientos administrativos a quienes acrediten una vinculación especial con su objeto, normalmente traducida en un derecho subjetivo o interés legítimo. En otros casos, sin embargo, decae tal exigencia formal y se permite la intervención de todas las personas o ciudadanos de un ámbito territorial determinado.

Muy actual es el principio de transparencia, reflejado en todo un cuerpo normativo tanto en el nivel del Estado como en el autonómico y local. La posibilidad de acceder a la información en el procedimiento administrativo, con las razonables limitaciones, favorecería tanto el derecho de defensa como la rendición de cuentas y el necesario control de la Administración.

Más relativo es el principio de gratuidad, pues sólo rige en aquellos casos en los que efectivamente la tramitación del procedimiento no comporte el abono de algún tipo de tasa (por ejemplo, para conseguir licencias en el ámbito municipal). Menos costosos en todo caso que los procesos judiciales, los procedimientos administrativos al menos no requieren intervención letrada ni asistencia de procurador.

BIBLIOGRAFÍA: BREWER CARIAS, Alan/GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Principios del Procedimiento administrativo*, Cívitas, 1990. LÓPEZ MENUDO, Francisco, "Los principios generales del procedimiento administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, "Los principios generales del procedimiento administrativo", *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, 18, 1993. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Principio de celeridad", en *Los principios generales del Derecho administrativo*, La Ley, 2010.

4. ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: INICIACIÓN, INSTRUCCIÓN, FINALIZACIÓN Y EJECUCIÓN

Antes incluso de iniciarse un procedimiento administrativo, caben actuaciones de naturaleza cautelar, también dirigidas a valorar la pertinencia misma de la iniciación (actuaciones previas). En su régimen, previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, se atribuyen facultades en este sentido a los órganos responsables.

Son éstos los que, en cada caso, han de acordar la iniciación, adoptando también las medidas provisionales que procedan. Los procedimientos administrativos pueden iniciarse de oficio o a instancia de persona interesada. En el primer caso, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.

En este último caso encontramos una novedad relevante en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común, cuando el denunciante señale la comisión de una infracción contra el patrimonio de las Administraciones públicas, en cuyo caso se le exime del pago de la multa que le correspondería o de otra sanción de carácter no pecuniario (figura del *whisterblower* del derecho anglosajón).

El régimen de las solicitudes indica su contenido mínimo, así como la posibilidad de su subsanación (en un plazo de diez días), ampliable salvo en procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva. No es infrecuente que se aporte documentación incompleta o incorrecta al iniciar los procedimientos administrativos, luego esta opción realiza el carácter informalista y el principio de oficialidad.

Tras la iniciación, viene la instrucción del procedimiento, concretada en toda una serie de actos administrativos de trámite y alegaciones incorporadas por los interesados al expediente. Así, se regula la fase de prueba (por cualquier medio admitido en Derecho), los informes, la participación de los interesados y, en algunos casos, la información pública, para facilitar la participación de intereses difusos.

La finalización del procedimiento puede adoptar diversas formas: la resolución (en sentido estricto), el desistimiento, la renuncia y la declaración de caducidad. La modalidad idónea de terminación es la resolución finalizadora, que da respuesta a todas las cuestiones, pero también caben las otras, así como la terminación convencional del procedimiento administrativo.

Decimos que la resolución es la más coherente y deseable de las terminaciones porque da respuesta a todas las cuestiones planteadas y comporta una decisión sobre el asunto tratado, en principio deseable si respeta la legalidad y atiende al interés público, respetando al tiempo los derechos de los particulares.

Otras formas de terminación no son sin embargo ilícitas, obedeciendo a circunstancias puntuales que determinan la innecesariedad o imposibilidad de finalización. Así sucede con el desistimiento, que evidencia la pérdida de interés del solicitante en ese procedimiento concreto. O la renuncia, cuando queda por la naturaleza del derecho, también a discreción del interesado.

La imposibilidad material de continuar un procedimiento por causas sobrevendidas responde en cambio a situaciones más excepcionales, como la pérdida o desaparición del objeto, el fallecimiento del interesado o la variación radical del entorno, todas ellas causas sobrevenidas que justifican la aplicación de esta forma de finalización.

La declaración de caducidad es una forma de terminación achacable tanto a la Administración, si ella incumple los trámites que debe realizar, como al interesado, en cuyo caso no podrá exigir responsabilidades al órgano instructor. Se produce por el mero transcurso del tiempo, más naturalmente en los procedimientos

activados de oficio, pues en los iniciados a instancia de parte suele aplicarse el silencio administrativo.

Una forma de terminación que no debe ser considerada anormal ni excepcional es la celebración de un convenio, pacto o acuerdo, terminación convencional que requiere una detallada y por supuesto publicidad. Son precisas garantías y limitaciones precautorias para evitar las colusiones entre Administración y particulares en perjuicio de terceros o del interés público.

Tras la finalización, el procedimiento continúa con la fase de ejecución. Los medios de ejecución son las herramientas de la ejecutoriedad de los actos administrativos, realización última del privilegio de autotutela, que comporta la innecesariedad de acudir al Juez para ejecutar sus propios actos, característica de la Administración como poder público.

Estos medios son varios, graduados por sus consecuencias sobre los derechos, pero también modulados en función del tipo de acto que deba ser ejecutado. Así, no es lo mismo desalojar un edificio público que cobrar una deuda, por lo que no son perfectamente intercambiables los medios de ejecución.

Para la ejecutoriedad de actos de contenido económico gravosos para los particulares, el medio apropiado es el apremio sobre el patrimonio. Cuando el acto comporte una obligación de hacer no económica, la ejecución subsidiaria sirve, salvo para las de carácter personalísimo. La multa coercitiva puede ayudar a vencer la resistencia en estos casos. Y sólo excepcionalmente cabe recurrir a la compulsión sobre las personas, evitando la violencia y aplicando estrictamente tanto el respeto de los derechos fundamentales como el principio de proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA: MESEGUER YEBRA, Joaquín, *La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo*, Bosch, Barcelona, 2000. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La prueba en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, 2001. DELGADO PIQUERAS, Francisco, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, 1995.

5. LA ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y LAS RESPONSABILIDADES EN LA TRAMITACIÓN

La ordenación del procedimiento administrativo comporta una serie de reglas sobre la formación del expediente administrativo, su impulso de oficio por el órgano instructor, la concentración y cumplimiento de trámites y las cuestiones

incidentales. En todo caso se observan exigencias de documentación, límites a la interrupción y un afán de monitorización del procedimiento.

El expediente administrativo puede definirse como el conjunto ordenado de documentos que reflejan la tramitación de un procedimiento. Antes en soporte papel, hoy electrónico, permite tanto la trazabilidad como la mejor comprensión de cada uno de los momentos y la lógica seguida por la Administración hasta resolver. Los órganos de control formarán su criterio sobre el mayor o menor respeto de las garantías y las reglas del procedimiento analizando el expediente.

La formación completa del expediente, sin sustraer ningún documento o información relevante del mismo, posibilita el control, favoreciendo también una correcta formación de la voluntad administrativa. Así mismo, contribuye a la transparencia.

La figura del responsable de la tramitación se ha regulado en ordenamientos comparados como el italiano, y en alguna norma autonómica española, pero en España sigue refiriéndose como "órgano instructor", nombrándose formalmente en los procedimientos de signo sancionador o disciplinario. En la mayoría de los restantes, en cambio, no se identifica de forma individual a quien corresponde garantizar que se cumplen todas las previsiones legales y reglamentarias para llevar los trámites hasta la correcta resolución.

BIBLIOGRAFÍA: MIR PUIGPELAT, Oriol, *Transparencia y procedimiento administrativo, El acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a información administrativa*, Cívitas, 2019. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El expediente administrativo*, Aranzadi, 2009. RIVERO YERN, Enrique/RIVERO ORTEGA, Ricardo, "La Ley de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica de Castilla y León", en Libro Homenaje a Alfonso PÉREZ MORENO, Sevilla, 2002.

6. LA IMPARCIALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO: ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

La objetividad de la Administración requiere, en primer lugar, evitar contaminaciones subjetivas en la toma de decisiones. Los responsables de tramitar y resolver los asuntos administrativos deben ser personas no influidas por sus preferencias particulares o intereses distintos a los generales o públicos. Por supuesto, lograr esta imparcialidad de los órganos no es fácil, requiriéndose para ello mecanismos de prevención de los conflictos de intereses.

El Derecho del procedimiento administrativo ha diseñado los institutos de la abstención y la recusación para posibilitar que quien detecte tales situaciones pueda solicitar la retirada del titular afectado en el procedimiento concreto. Esto para

el caso de que no lo haga por propia iniciativa. Así, de no abstenerse el instructor o quien ha de resolver, podrá ser recusado.

Los motivos de la abstención y recusación pueden describirse en forma más genérica o detallada, pudiendo también ser más o menos estrictos. Con variaciones entre ordenamientos comparados, suelen incluirse las relaciones de parentesco y afinidad, las de tipo profesional y cualquier interés que pudiera sesgar la intervención.

También se diferencian los regímenes administrativos por las consecuencias que se atribuyen al incumplimiento del deber de abstención. En algunas normas se asocia esta circunstancia a la invalidez de los actos subsiguientes, mientras en otros se desvincula tal resultado del riesgo de pérdida aparente de la objetividad.

BIBLIOGRAFÍA: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano/PÉREZ MONGUIÓ, José María, *La imparcialidad en el procedimiento. Abstención y recusación*, Aranzadi, 2012.

7. DERECHOS DE LAS PERSONAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Las leyes de procedimiento administrativo están evolucionando en el sentido de reconocer la posición jurídica y los derechos de las personas cuando se relacionan con la Administración. Este es el sentido del derecho a la buena administración.

Las leyes de procedimiento administrativo suelen incluir catálogos derechos de las personas que se relacionan con la Administración, algunos de los cuales resultan elementales y se derivan del mero reconocimiento de la dignidad humana y su irrenunciable respeto. Otros son más sofisticados, y requieren medidas organizativas y logísticas difíciles de implementar.

Por ejemplo, el derecho a no presentar documentos que ya se encuentren en poder o hayan sido elaborados por la Administración actuante, no realizado hasta ahora por la falta de una regulación coherente de las obligaciones de archivo y reutilización documental de las Administraciones públicas, imprescindibles para evitar los abusos en las exigencias documentales.

En España, la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Ley 39/2015, reproduce casi todos los derechos actualmente relacionados en su antecesora, la Ley 30/92, sumando otros derivados de la fusión de la Ley 11/2007, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Así, se consagran los derechos a conocer el estado de tramitación de los procedimientos, el sentido del silencio que corresponde, el órgano competente, a ac-

ceder y obtener copias; a identificar a las autoridades y personal al servicio de la Administración pública bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos; a no presentar documentos originales; a no presentar datos o documentos no exigidos por las normas aplicables.

A formular alegaciones, utilizar los medios de defensa previstos en el Ordenamiento jurídico; a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar; a actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

El reconocimiento de los derechos de las personas que se relacionan con la Administración en el Derecho comparado es muy similar, incluso más amplio, como demuestra por ejemplo la Carta Iberoamericana de los Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA: EMBID IRUJO, Antonio, *El ciudadano y la Administración*, INAP, Madrid, 1993. MORENO MOLINA, José Antonio, "Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas: los interesados en el procedimiento administrativo", *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, núm. 18, 1993. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, "Sobre la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en sus relaciones con la administración pública", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, núm. 18, 2014.

8. OBLIGACIONES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los deberes y las obligaciones son más antipáticos que los derechos, de ahí que la mayoría de las leyes les presten menos atención, aunque cabe destacar la notable excepción en este sentido de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas, aprobada por el Consejo Directivo del CLAD el 10 de octubre de 2013.

Se relacionan en este documento varios deberes que podrían ser incorporados a cualquier normativa de procedimiento administrativo: la lealtad constitucional y el respeto de la legalidad; la buena fe (evitar maniobras dilatorias o técnicas de confusión), la veracidad (absteniéndose de falsear situaciones o datos), el ejercicio responsable de los derechos (prohibición de su abuso), el respeto y decoro (a los funcionarios y autoridades, que a su vez deben respetarles) y la colaboración adecuada.

Entre las obligaciones de las personas en sus relaciones con la Administración es relevante el tratamiento de los deberes informativos y su alcance, esto es, la previsión legal de un llamamiento a facilitar datos e informaciones a los órganos

administrativos en sus labores de vigilancia para la ejecución de la Ley y la represión de sus incumplimientos. Muchos ordenamientos los regulan o infieren de sus normas y principios.

Tales deberes no pueden ser formulados de manera tan general y abstracta hasta el punto que pueda interpretarse que existe una obligación universal de colaborar, salvo excepciones tasadas. Esto supondría tanto como situar a todos los ciudadanos en la posición de vigilantes de las demás personas, algo característico de los Estados totalitarios y, por tanto, indeseable.

BIBLIOGRAFÍA: GÓMEZ REINO Y CARNOTA, Enrique, "Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en su relación con la Administración pública", *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 99-100, 2014. MORENO MOLINA, José Antonio, "La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano: una excelente manifestación del derecho fundamental a la buena Administración", *Actualidad Administrativa*, núm.3, 2014.

9. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DIGITAL: IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

En nuestro tiempo, vivimos una transformación del procedimiento en clave tecnológica. La Administración utilizará cada vez más los formatos electrónicos, no el papel, así como técnicas de aprovechamiento masivo de la información, para beneficiarse de las posibilidades ofrecidas por las TICs en la sociedad del conocimiento. Los países más desarrollados así lo han comprendido.

El futuro y ya el presente del procedimiento administrativo pasa por la automatización de ciertas tramitaciones, la utilización de aplicaciones informáticas y bases de datos para archivar y catalogar todas las decisiones y pasos, el monitoreo de los tiempos de respuesta y la consiguiente exigencia de responsabilidades a las personas encargadas de instruir.

Se perfila la comprensión en clave informativa del procedimiento, considerado como herramienta de gestión de datos para la aproximación a la objetividad de los pronunciamientos de la Administración. Una buena administración es aquella bien informada, que tiene en cuenta todos los elementos relevantes a la hora de decidir y actuar, sin ignorar nada relevante.

En las regulaciones más recientes del procedimiento, convendría tener presentes los avances de la informática y el tratamiento masivo de información (*big data*), así como la creación de conocimiento mediante la participación y el pensamiento colectivo (sabiduría de las redes). Estas aproximaciones al saber ofrecen nuevas posibilidades de mejora del criterio decisorio.

Tales desarrollos no debieran sin embargo descuidar el componente garantista propio del procedimiento, pues si la Administración cuando actúa no necesita seguir todos los formalismos característicos del proceso, sí ha de favorecer la contradicción y el derecho de defensa –debido proceso– de los interesados en todo caso.

BIBLIOGRAFÍA: BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, "El procedimiento administrativo y el gobierno electrónico", *Cuadernos de Derecho local*, núm.22, 2010. BAUZA MARTORELL, Felio, *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, 2002.

10. LA SIMPLIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Las sociedades contemporáneas rechazan los costes temporales y económicos de una burocracia excesiva. Ciudadanos cada vez más conscientes de sus derechos, no aceptan las esperas, las colas o las peticiones abusivas de documentación. Por ello, se ha convertido en un lugar común de los programas de gobierno proponer la simplificación administrativa, tanto en sus aspectos organizativos como en los procedimentales.

Para simplificar el procedimiento, es preciso reducir trámites, actuando proactivamente la Administración con bases de datos y otros medios. Si la información ya está en sus servicios, no necesitarán las organizaciones pedírsela a los interesados, a quienes debe facilitarse al máximo el acceso a las prestaciones y la realización de gestiones, de la manera más sencilla y más rápida posible, a un *click*.

Experiencias exitosas como la de la Agencia tributaria demuestran claramente que es posible simplificar al máximo, pero en cambio otros procedimientos siguen siendo lentos y engorrosos. Así sucede con los de tramitación de licencias de apertura de negocios, con graves efectos de pérdida de competitividad que vienen siendo subrayados por instituciones internacionales como la OCDE o el Banco Mundial.

BIBLIOGRAFÍA: GAMERO CASADO, Eduardo, "La simplificación del procedimiento administrativo como categoría jurídica", 2014. GAMERO CASADO, Eduardo, "La simplificación del procedimiento administrativo. Better regulation, better administration", *Revista Española de Derecho administrativo*, 2016. MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, "De la simplificación de la Administración pública", *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998. MELLADO RUIZ, Lorenzo, "¿Simplificación o utilidad del procedimiento administrativo?", Libro Homenaje al Profesor MENÉNDEZ REXACH, 2018. RIVERO ORTEGA, Ricardo/MERINO ESTRADA, Valentín, "Simplificación procedimental y descarga burocrática", *Revista de Estudios Locales*, núm. 152, 2012. SUNSTEIN, Cass R, *Más simple*, INAP, Madrid, 2015.

Tema XV

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

SUMARIO: 1. Razón de ser y naturaleza de las vías administrativas previas. 2. Insuficiencias de los recursos clásicos y la alternativa de órganos independientes. 3. Recursos ordinarios y extraordinarios. 4. El procedimiento: medidas provisionales y trámites hasta la resolución. 5. Vías administrativas especiales: tributaria, expropiación, personal. 6. Arbitraje, conciliación y mediación en Derecho administrativo.

1. RAZÓN DE SER Y NATURALEZA DE LAS VÍAS ADMINISTRATIVAS PREVIAS

Aunque no debe cuestionarse el papel del control judicial en la garantía de los derechos, la sujeción de la Administración al principio de legalidad no puede fiarse sólo a los pronunciamientos de los tribunales, pues tal concentración de funciones sobrepasaría las ya de por sí mermadas capacidades de la Justicia, desviando recursos que deben orientarse a la heterocomposición en otros frentes. Desde siempre, por ello, la Administración también se ha autocontrolado.

Cuanto más profesionalizado y burocratizado esté un aparato administrativo, mayor será su subordinación real a la juridicidad, presentándose sesgos favorables a la corrección de las decisiones contrarias a las normas. Esto en teoría, porque en la práctica es muy difícil que una organización se desautorice, pues ello comportaría un reconocimiento de su falibilidad, difícilmente admitida (un error) por razones psicológicas que habrían de ser superadas, pero todavía existen.

Hay además otras razones que explican tanto la relativa inutilidad de los recursos administrativos como su mantenimiento, que obedece a la preferencia ostensible del poder ejecutivo a disponer de la oportunidad de conocer en primer lugar de las impugnaciones frente a sus actos, para tener la posibilidad de reaccionar antes que los tribunales, y contestar con argumentos en su caso a los esgrimidos para discutir las decisiones de sus propios órganos.

En el momento mismo del nacimiento del Derecho administrativo con tal nombre, tras la Revolución Francesa, se observa la abdicación del principio de división de poderes, atribuyendo a órganos especializados de la Administración el control de sus actos, proscribiendo en cambio a los jueces la fiscalización del actuar ejecutivo. Tantas veces renace esta tensión por el control de la Administración, una de cuyas válvulas de escape sigue siendo la vía administrativa, en sus diversas formas.

Muy significativo es el dato de distintos ordenamientos, diversas tradiciones jurídicas, incluyendo las del *common law*, que han establecido mecanismos de impugnación de los actos del ejecutivo alternativos al control judicial, tanto para permitir que la propia Administración rectifique, como por motivos de agilidad, especialización, costes y complejidad cuantitativa o cualitativa de los asuntos objeto de recurso, una tendencia universal en el tiempo y en el espacio.

Hasta hoy, plenamente viva la discusión sobre la pertinencia de las vías administrativas, legisladores de todo el mundo siguen creando nuevos "tribunales administrativos" o se regulan "recursos especiales" para dar respuesta a las necesidades prácticas de revisión de los actos en sectores concretos: función pública, contratos administrativos, gestión tributaria o responsabilidad patrimonial.

BIBLIOGRAFÍA: CIERCO SEIRA, César, "Los recursos administrativos en España", *Actas del Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, febrero 2016. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, "Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso", *Documentación Administrativa*, 1990. PEMÁN GAVÍN, Juan "Vía administrativa de recurso y derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista de Administración Pública*, 1992. RIVERO YSERN, José Luis, "Vía administrativa de recurso y justicia administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1992.

2. INSUFICIENCIAS DE LOS RECURSOS CLÁSICOS Y LA ALTERNATIVA DE ÓRGANOS INDEPENDIENTES

El arquetipo del recurso administrativo es el integrado en el organigrama jerárquico de la Administración, estructura burocrática de signo piramidal regida por relaciones interorgánicas de subordinación de los órganos inferiores a las decisiones de los superiores. Por ello, si el recurso administrativo también habría de servir para realizar estos controles, su atribución a órganos unipersonales en la cúspide de cada nivel administrativo resulta en cierto modo coherente.

Este paradigma omite, sin ignorarlo, el dato de la comunicación normalizada y previa a la toma de cualquier decisión relevante. Los órganos inferiores tienen presente el criterio de los superiores al decidir, no suelen actuar a su riesgo y ventura, con lo cual son infrecuentes los supuestos de alteración del criterio por esta vía unipersonal, máxime si tenemos presente la participación del órgano que resolvió en su día durante la tramitación de la ulterior vía de recurso. No es fácil así corregir decisiones.

Menos viable aún es el caso de la impugnación ante el mismo órgano que dictó el acto recurrido. Aunque a menudo los órganos superiores dictan resoluciones en masa, sin circunstanciar en detalle cada uno de los casos tratados, la tendencia a

no corregir el criterio es muy fuerte; pesa tanto la inercia como un sentir de coherencia y reticencia ante la discriminación. No son impensables las rectificaciones administrativas, pero sí son infrecuentes.

Por todas estas razones, es común a muchos ordenamientos comparados atribuir la resolución o cuando menos el informe sobre la respuesta a los recursos administrativos a órganos colegiados, separados funcionalmente –o incluso autónomos, en mayor o menor medida– de aquellos que dictaron las resoluciones impugnadas. Este formato orgánico, colegiado, especializado y autónomo, es el internacionalmente más extendido, aunque no el típicamente español.

Los tribunales administrativos, con este u otro nombre, existen en muchos países, a modo de sucedáneo del control judicial, con garantías parcialmente homologables a las de un tribunal de justicia. Sus ventajas incluyen además la mejor adaptación a las exigencias de convenios y tratados internacionales que imponen la sujeción de ciertas controversias a instancias independientes, condición que no se puede cumplir con una vía administrativa clásica de corte jerárquico.

BIBLIOGRAFÍA: BARCELONA LLOP, Javier, "Las vías administrativas de recurso: panorama desde la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Actas del Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*, celebrada en Zaragoza en febrero de 2016. SARMIENTO ACOSTA, "Fórmulas complementarias de resolución de controversias jurídico-administrativas: acerca de la creación de comisiones o tribunales administrativos", *Revista Jurídica de Canarias*, 2010.

3. RECURSOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS

La panoplia de los recursos administrativos en los derechos comparados suele diferenciar vías utilizables contra cualquier acto, con las limitaciones sobre cuáles pueden ser recurridos (resoluciones o actos de trámite materialmente resolutorios), y otras previstas en casos muy concretos, extraordinarios, para reaccionar ante vulneraciones más graves del Ordenamiento jurídico o por circunstancias de hecho desconocidas o inadvertidas en el momento de utilizar la vía ordinaria.

El diseño de los recursos ordinarios varía notablemente de un Derecho a otro, pero muchos tienen en común el componente jerárquico. Difieren en cambio en el punto crucial de su carácter potestativo o preceptivo, pudiendo señalarse ordenamientos que reconocen la plena disponibilidad de estas vías y otros que consideran la impugnación administrativa presupuesto del ulterior control judicial. La doctrina suele manifestarse mayoritariamente a favor del primer modelo, en contra de la Administración.

Sea como fuere, la característica propia de los recursos ordinarios radica en la posibilidad de esgrimir cualquier vulneración del Ordenamiento para su utiliza-

ción, sin restringirse por motivos tasados y relacionados en una lista de posibles razones impugnatorias. Toda infracción legal o reglamentaria es razón suficiente para la presentación de un recurso de tal condición, porque el Estado de Derecho comporta la sujeción del poder administrativo a la juridicidad, en todo su alcance.

Las vías extraordinarias, en cambio, limitan en su diseño las causas de su empleo, señalando una serie reducida de supuestos en los que pueden ser utilizadas, ora por la particular preocupación del legislador con determinadas conductas, ora por un sentido depurador de errores o resoluciones defectuosas, prioritario en su ponderación con la seguridad jurídica. Por ello suelen venir también marcadas por previsiones temporales considerablemente más laxas o plazos abiertos.

Esto es lo que sucede cabalmente, por ejemplo, con el recurso administrativo de revisión, homónimo de la acción procesal (no verdadero recurso) frente a sentencias en las que se aprecien defectos fácticos notables. En línea paralela, la regulación administrativa permite reabrir el debate jurídico sobre actos administrativos aparentemente legales en el momento de su dictado, pero que luego devienen claramente ilícitos, como consecuencia de algún hecho o documento nuevo o desconocido que pasa a tomarse en cuenta.

También con un carácter excepcional, al no poderse emplear contra cualquier acto ni por todo motivo, algunos ordenamientos prevén acciones de nulidad excepcionales para descartar la consolidación de los actos con vicios de ilegalidad más groseros. Acciones que pueden adoptar la forma de revisiones de oficio, o configurarse como auténticos recursos, plenamente a disposición de los particulares afectados por las resoluciones que incurren en graves trasgresiones de las normas, perjudicando además a terceros interesados.

BIBLIOGRAFÍA: *GARCÍA TREVIJANO, El recurso extraordinario de revisión.* Cívitas, Madrid, 1993. PONCE SOLÉ, Juli, "Las vías administrativas de recurso a debate: experiencias en el ámbito de la tributación", *Actas del Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo,* celebrado en Zaragoza en febrero de 2016. RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, "La necesaria reforma del régimen de recursos administrativos: Los modelos del recurso extraordinario de revisión y del recurso especial en materia de contratación", *Revista Española de Derecho administrativo*, 2013.

4. EL PROCEDIMIENTO: MEDIDAS PROVISIONALES Y TRÁMITES HASTA LA RESOLUCIÓN

Todo recurso administrativo reúne en su tramitación los requisitos de un procedimiento de idéntica naturaleza. Con sus propias notas distintivas: se activa siempre a instancia de parte (no de oficio), debe presentar un carácter intensamen-

te contradictorio (por su condición adversativa), ha de reunir las convenientes garantías y terminar con una resolución informada, para cuyo pronunciamiento debe la Administración valorar toda la información disponible y los intereses implicados.

La presentación del recurso ha de cumplir las mínimas formalidades exigidas a cualquier solicitud, más las necesarias para conocer las razones por las cuales se discute el acto o la actuación administrativa impugnadas. El interesado recurrente se debe identificar, localizar y dirigirse correctamente al órgano encargado de tramitar o resolver el recurso, y en el caso de no conocerlo, al que dictó el acto que se recurre, que debiera haber garantizado el debido procedimiento incorporando un pie de recurso con las indicaciones pertinentes en su resolución.

Rige también aquí el principio informalista o antiformalista, habitualmente expresado en la siguiente fórmula: "el error en la calificación del recurso, no obsta su tramitación". De forma que, cuando pudiera inducirse de un escrito presentado por el destinatario de un acto su intención de impugnarlo, ha de tramitarse como tal, si se cumplen los presupuestos formales elementales: temporales, de objeto y de legitimación. Teniendo presente que el particular no tiene por qué intervenir asesorado o representado por experto en Derecho, y puede desconocer las a menudo tan prolijas y farragosas disposiciones administrativas.

Todos los ordenamientos contemplan plazos normalmente limitados en el tiempo para la interposición de los recursos administrativos, por razones de seguridad jurídica asociadas a la consolidación de los efectos de los actos, sin perjuicio de que su carácter preceptivo o potestativo puede diferenciar notablemente las consecuencias derivadas del transcurso de esos términos, pudiendo desde llegar a producirse un "acto firme y consentido" a simplemente mantenerse los términos habituales de impugnación ante los tribunales, plazos no mucho más extensos que los previstos para los recursos administrativos, por idénticas razones.

En el procedimiento administrativo de recurso son exigibles los mismos requisitos de legitimación previstos para cualquier otro procedimiento, con mayor razón si cabe al tratarse de una vía impugnatoria, concurriendo en este caso además, junto a la acreditación de un derecho subjetivo o interés legítimo, la necesidad de concurrencia de un daño, pues sin perjuicio no cabe impugnación de un acto (se descarta, así, el peregrino pero no inverosímil supuesto del recurso frente a un acto que favorece).

Una vez admitido el recurso administrativo, cabe pronunciarse sobre la eventual solicitud de suspensión, salvo que el Ordenamiento la considere automática –ventaja notable concedida en algunos casos–. La ponderación de los vicios del acto y los intereses afectados debiera ser reflexiva, requiriendo un pronunciamiento apropiado que, por desgracia, a menudo no tiene lugar. Y es que la Adminis-

tración trivializa este trámite, como tantos otros, porque parte de la posición de ventaja que le concede el hecho consumado.

Aconsejable sería fortalecer las garantías de contradicción en estos procedimientos, multiplicando las audiencias y pruebas necesarias, supliendo defectos del expediente anterior y rectificando, en su caso, defectos formales trascendentes apreciados en el actuar administrativo del que trae causa el recurso. Un nuevo procedimiento ofrece la segunda oportunidad de actuar, corrigiendo errores, reflexionando sobre lo hecho, valorando el punto de vista ajeno y asumiendo aquellos argumentos que puedan ser verosímiles en términos de legalidad.

Por tales razones, habría de considerar seriamente la reincorporación de un trámite de audiencia con carácter previo a la resolución de los recursos administrativos con propuesta desestimatoria. Así se daría la ocasión al recurrente, y a otros posibles interesados –a los que cabría reunir para contrastar sus respectivas posiciones– de expresar a la vista de tal propuesta su visión sobre la legalidad y oportunidad de la misma. Sería un último intento de evitar la acción judicial, gravosa para el particular e indeseable también por sus eventuales costes y riesgos para la propia Administración.

Frecuentemente, sin embargo, los recursos administrativos penden del silencio de la Administración, que no se decide a contestarlos por razones múltiples, desde el exceso de carga de trabajo de sus oficinas a la táctica de ocultar posibles argumentos de defensa de sus actos, o simplemente por no encontrarlos suficientemente plausibles. Si los órganos administrativos no se esmeran siquiera en responder, menos aún rodearán la tramitación de los recursos de suficientes garantías.

BIBLIOGRAFÍA: CIERO SEIRA, César, *La inadmisión en el procedimiento administrativo*, Iustel, 2009. ESCUIN PALOP, Vicente, *Los recursos administrativos*, Cívitas, 2011. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *La suspensión del acto administrativo en vía de recurso*, Montecorvo, Madrid, 1986.

5. VÍAS ADMINISTRATIVAS ESPECIALES: TRIBUTARIA, EXPROPIACIÓN, PERSONAL

La mayoría de los ordenamientos han regulado mecanismos de impugnación en vía administrativa en sectores concretos de intervención. Junto a los recursos ordinarios, válidos para el común de los actos, se prevén otros especiales, pensados para decisiones administrativas cuantitativa y cualitativamente relevantes, que merecen un trato apropiado y una cierta especialización de los órganos encargados de resolverlos.

El ejemplo clásico y recurrente de estas vías especiales es el ofrecido por las llamadas reclamaciones económico administrativas, mecanismos de impugnación y defensa frente a las resoluciones de naturaleza tributaria, sujetas por tanto al Derecho fiscal, emparentado con el Derecho administrativo, pero con su propio desarrollo dogmático. Estas garantías, que no obstan la tutela judicial, permiten al contribuyente solventar en algunos casos sus desavenencias con el Fisco sin necesidad de embarcarse en costosos y largos procesos judiciales, con mayores garantías de cierta objetividad en los pronunciamientos.

Por razones similares se regulan también formas de impugnación de las decisiones de fijación del justiprecio expropiatorio, en el caso español ante los jurados de expropiación, y en otros ordenamientos ante instancias similares. La preocupación por la protección de la propiedad, frente a los actos administrativos de contenido ablatorio, es común a los dos ejemplos tratados, que ponen de manifiesto también la adecuación posible de los recursos administrativos a la tutela efectiva de los sujetos afectados negativamente por el actuar de la Administración.

Que las vías especiales de recurso pueden ser alternativas convincentes al imprescindible pero costoso control judicial se demuestra por la extensión de la especialidad al ámbito de los contratos públicos. Los ordenamientos europeos y americanos han ido decantándose a favor de estos mecanismos por sus ventajas: rapidez, economía, especialización. Es el pragmatismo lo que lleva a establecer una fórmula de reconsideración verdaderamente objetiva de las decisiones públicas.

BIBLIOGRAFÍA: PIÑAR MAÑAS, "La pretendida especialidad de los recursos especiales", *Documentación Administrativa*, 1990.

6. ARBITRAJE, CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Aunque los recursos administrativos forman parte del conjunto de garantías reconocidas por la ciencia jurídica más tradicional, también se suelen minimizar sus posibilidades reales de contribuir efectivamente a la reconsideración de las decisiones de la Administración en condiciones de legalidad objetiva, por las razones que ya hemos explicado. Tal vez su propio carácter, unido a la condición de Juez y parte, dificulta sobremanera el desempeño institucional adecuado mientras no se sitúe la capacidad de resolver fuera del organigrama de referencia.

Dada esta convicción, se incrementan los partidarios de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, aplicados también al Derecho administrativo, en la línea seguida por la *Alternative Dispute Resolution Act* de los Estados Unidos, y algunas propuestas alemanas y británicas. En España se han barajado

varios anteproyectos de Ley con estas alternativas, previstas incluso en la vigente normativa de procedimiento administrativo, aunque han sido poco exploradas y aplicadas en la práctica.

Otros ordenamientos comparados, en cambio, atribuyen a instancias arbitrales la solución de controversias en ámbitos determinados, a veces coincidentes con los antes citados en forma de recurso especial, como los contratos públicos, y otros pensando en la reducción de la litigiosidad, que es uno de los objetivos principales de las alternativas a la vía judicial (por ejemplo, para los actos en materia de personal, o el ejercicio de la potestad sancionadora, que son focos de un sinnúmero de conflictos y pleitos).

Otra de las ventajas de estos mecanismos, junto al factor temporal, tan relevante, es su menor coste, necesario para dar tutela real a derechos e intereses cuya cuantificación económica no alcanza a justificar los gastos propios de un proceso. Para responder a estos supuestos, tendría sentido la mediación, en su caso a cargo de los *Ombudsman*, a quienes se atribuye cada vez más esta función, en el Derecho comparado y en algunas experiencias del Derecho español y europeo.

También la conciliación, prevista en el seno del proceso o fuera de él, permitiría evitar los inconvenientes de la acción judicial, pero para su incorporación a la cultura administrativa tal vez se haría preciso conceder ciertos márgenes de discrecionalidad a la Administración, lo cual no parece tan fácil ni para muchas perspectivas conveniente, pues se descarta considerar a la Administración como si fuera un particular.

El Derecho administrativo se muestra aún reticente a incorporar todas las posibilidades del arbitraje, manteniéndose prevenciones justificadas en la prohibición de transar o transaccionar con lo público, debido a una tendencia a la sospecha respecto de los administradores, de los que tal vez se piensa abusarían de estas vías discriminando sujetos y relativizando el respeto al principio de legalidad.

BIBLIOGRAFÍA: GARCÍA PÉREZ, Marta, *El arbitraje de Derecho administrativo*, Aranzadi,2016. HUERGO LORA, Alejandro, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Bolonia, 2000. MARTÍN DIZ, Fernando, Mediación en el ámbito contencioso administrativo, Aranzadi, 2018. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "El arbitraje administrativo como alternativa al colapso de la Jurisdicción contenciosa", en *El Derecho administrativo en el Umbral del Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 1999. ROSA MORENO, Juan, *El arbitraje de Derecho administrativo*, Aranzadi, 2000.

Tema XVI

EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

SUMARIO: 1. Origen histórico y evolución del control judicial de la Administración pública. 2. Jurisdicción especializada y control judicial ordinario. 3. Ámbito subjetivo de la Jurisdicción contencioso administrativa. 4. Ámbito objetivo de la Jurisdicción contencioso administrativa. 5. Planta y competencias de los tribunales contencioso administrativos. 6. El proceso contencioso administrativo. 7. La sentencia contencioso administrativa y otras formas de terminación del proceso. 8. El recurso de apelación. 9. El recurso de casación. 10. La ejecución de sentencias contencioso administrativas.

1. ORIGEN HISTÓRICO Y EVOLUCIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Antes del constitucionalismo, es posible señalar antecedentes históricos de sujeción del poder al control de los tribunales de justicia. En la España del siglo XVI, Colón pudo demandar a la Corona por el incumplimiento de las condiciones contractuales acordadas en las capitulaciones. No es exacto por tanto señalar que la revisión en términos de legalidad de la acción del poder sea una conquista exclusivamente liberal.

Dicho esto, no cabe duda de que entonces el poder judicial no era independiente. Las distintas funciones del Estado se situaban bajo la preponderante autoridad regia, difícilmente reconducible a órdenes judiciales. Será ya en el siglo XIX cuando se ensaye la teoría de la división de poderes, una de las aportaciones más lúcidas al objetivo de proteger a las personas frente a los excesos de los gobernantes.

La creación de tribunales verdaderamente separados del resto de los poderes es una conquista institucional ardua, dependiente de variables culturales diferenciales. En Inglaterra siempre se aceptó esa *judicial review*, mientras en Francia se cuestionó inmediatamente el control judicial de la Administración, partiendo de la experiencia del bloqueo del absolutismo en los parlamentos judiciales del Antiguo Régimen.

A lo largo de la historia, nos encontramos numerosos episodios demostrativos de la oposición de quien manda a ser fiscalizado por los tribunales de Justicia. Desde la Francia revolucionaria hasta Egipto tras la primavera árabe, con curio-

sas coincidencias en la prohibición dirigida a los tribunales de entorpecer la acción del Ejecutivo. La construcción del Estado de Derecho corrige esta resistencia.

En todo este proceso, constantemente se discute hasta qué punto pueden los jueces controlar las decisiones de la Administración. Si juzgar a la Administración es también administrar, o contribuye a administrar mejor. El desarrollo del Derecho administrativo se ha descrito como una paulatina reducción de los espacios de impunidad del poder, de forma que el control judicial es una conquista irrenunciable del Estado de Derecho.

Incluso los actos políticos del Gobierno pueden ser revisados por los tribunales de justicia, en sus elementos reglados y en su incidencia sobre derechos subjetivos. Si la razón de Estado se impone a las libertades, se abre la puerta a la tiranía, de la que nos salvaguarda la división de poderes con su sistema de frenos y contrapesos, proyectado particularmente sobre la discrecionalidad administrativa para prevenir la arbitrariedad.

Por supuesto, el control judicial no se limita a la revisión de los actos administrativos; comporta también la posibilidad de discutir en vía judicial la legalidad de los reglamentos, así como de reaccionar frente a las pasividades, las vías de hecho y todo comportamiento del poder administrativo que perjudique los derechos de las personas.

BIBLIOGRAFÍA: CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre el origen hispánico del sistema judicialista y de otras instituciones del Derecho público iberoamericano y comparado", *Revista Española de Derecho administrativo*, 2005. CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*, Civitas, 1996. FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *La formación histórica de la Jurisdicción contencioso administrativa 1845 1868*, Civitas, Madrid, 1998. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Eduardo, Contencioso administrativo objetivo y contencioso administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista", *Revista de Administración Pública*, núm. 152, 2000. GONZÁLEZ VARAS, Santiago, *La Jurisdicción contencioso administrativa en Alemania,* Civitas, Madrid, 1993. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *La Administración y los jueces*, Marcial Pons, Caracas, 1988.

2. JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA Y CONTROL JUDICIAL ORDINARIO

La Administración no sólo se somete a los tribunales contencioso administrativos. También lo hace a los civiles, laborales y penales. Aunque el control del actuar administrativo, es protagonizado por una jurisdicción especializada, los

tribunales ordinarios pueden y deber garantizar igualmente el respeto del principio de legalidad por parte de autoridades y funcionarios.

Cada vez más son los casos en los cuales las personas que deciden en nombre de la Administración son procesadas penalmente por cuestionarse el posible carácter delictivo de sus intervenciones. Abusos en algunos casos, meras sospechas en otros, confieren un papel excesivo a la Justicia criminal en un ámbito que debiera contar con instituciones preventivas para controlar estos actos.

A menudo también, relaciones jurídicas del aparato público se someten al Derecho civil, o al laboral, debiendo dilucidarse los conflictos que susciten ante los correspondientes tribunales civiles o del orden social. Esto genera también conflictos de competencias que el legislador debe aclarar, en aspectos clave como la responsabilidad patrimonial o las competencias concretas atribuidas a cada tribunal.

BIBLIOGRAFÍA:BALLBÉ MALLOL, Manuel/PADRÓS REIG, Carlos, *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 2004.

3. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El ámbito subjetivo de la Jurisdicción contenciosa no se circunscribe a las administraciones públicas, estrictamente consideradas. También incluye otras entidades sujetas a Derecho público, al margen de su calificación nominal, y otros poderes del Estado en la medida en que toman decisiones de naturaleza equiparable a la de los actos de administración. Así, en la gestión de sus contratos o su personal, las instituciones están sujetas a la revisión de este orden especializado de tribunales.

Tal sujeción al control judicial de actos de órganos constitucionales alcanza incluso al supremo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, que está sujeto como todas las instancias del Estado al respeto de las normas y los derechos fundamentales. Alguna Sentencia del Tribunal Supremo ha llegado a obligarle a rectificar decisiones en materia de personal, por ejemplo, demostrando que nadie está al margen del Derecho y del sistema de frenos y contrapesos.

Particularmente complejo es el punto del control de las decisiones de la Administración electoral, que en España también dio lugar a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En otras constituciones se disponen órganos de garantía de la transparencia y la corrección democrática de estos procesos, evitando deli-

beradamente el control judicial ulterior, aunque la garantía de independencia (si existe en verdad) es difícilmente sustituible.

Con variaciones en el Derecho comparado, también se contemplan en ocasiones la sujeción de algunos sujetos privados al control y la revisión de la Jurisdicción contencioso administrativa. Concesionarios, contratistas y sujetos que ejercen funciones públicas, aunque de forma muy limitada en el caso español y más amplia en otros ordenamientos sensibles a la necesidad de controlar el ejercicio del poder público, tanto en forma administrativa como privada.

BIBLIOGRAFÍA: GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, "Entidades de Derecho privado y jurisdicción contencioso-administrativa", Fundación Giménez Abad. MOREU CARBONELL, Elisa, "El ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, 2014.

4. ÁMBITO OBJETIVO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Dentro del ámbito objetivo de la Jurisdicción contenciosa han pasado a incluirse, como hemos dicho, todas las posibles actuaciones de la Administración: el control de los actos, los convenios y contratos, los reglamentos, las vías de hecho, las inactividades formales y materiales, la responsabilidad patrimonial. Incluso la autoimpugnación de sus propios actos por parte del poder administrativo, una veste del contencioso administrativo conocida como proceso de lesividad.

La consideración clásica del contencioso como "proceso al acto" (Hariou) ha sido superada hace décadas, permitiendo que los tribunales revisen cualquier actuación que, por activa o por pasiva, perjudique derechos o intereses legítimos. La inercia de la búsqueda de una resolución expresa es, sin embargo, muy fuerte, dificultándose el control de la Administración en ausencia de un pronunciamiento declaratorio formal.

El control de las decisiones contractuales se mantiene en los tribunales contencioso administrativos, pero complementado por la intervención en muchos casos de los tribunales especiales de recursos contractuales, a los que nos referiremos en un tema posterior. Los tribunales administrativos especiales ofrecen ventajas temporales y económicas respecto de los más parsimoniosos procesos judiciales.

Los problemas eternos de peregrinaje jurisdiccional en los asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración con intervención de sujetos privados (concesionarios, contratistas, sujetos autorizados) tienden a resolverse con una atribución general de competencia al orden contencioso, por su especialización.

BIBLIOGRAFÍA: MONTERO PASCUAL, Juan José, "Ámbito y extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Estudio de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 2014.

5. PLANTA Y COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

La tendencia expansiva del concepto de Administración pública, perfectamente acorde al desarrollo del Estado de Derecho, multiplica la necesidad de establecer una planta judicial contencioso-administrativa completa, generando al tiempo la necesidad de distribuir competencias entre cada juzgado o tribunal.

Las funciones administrativas de otros poderes públicos distintos a la Administración, de superior nivel constitucional, suelen asignarse en su control a las cortes supremas o cúspides de la estructura de tribunales. Sólo los jueces superiores pueden desautorizar decisiones de las autoridades legislativas o incluso judiciales en ese nivel, como pueden ser las de las asambleas o cortes constitucionales.

El control de las decisiones de los gobiernos requiere asimismo la intervención de los tribunales supremos. En cada nivel territorial, debe existir una correspondencia de frenos y contrapesos entre el ejecutivo y el judicial. Así sucede con los tribunales superiores de justicia, órganos de referencia para los poderes ejecutivos autonómicos o regionales.

Los juzgados unipersonales de lo contencioso administrativo, polémicos antes de su creación, constituyen una primera instancia que da cobertura al control de numerosos actos de la Administración local y los órganos periféricos estatales y autonómicos. Su despliegue por todo el territorio, con asignación de competencias referidas a asuntos cuantitativamente numerosos, garantiza la razonabilidad del tiempo de respuesta en la tutela judicial, presupuesto de su efectividad.

La planta contencioso administrativa refleja como la sombra el cuerpo la estructura de los poderes ejecutivos en cada sistema institucional. Tanto desde el punto de vista territorial, como en su especialización competencial, los juzgados y tribunales dan respuesta a las demandas de justicia y garantía del principio de legalidad.

BIBLIOGRAFÍA: ALONSO MAS, María José, "La planta jurisdiccional contencioso-administrativa y el reparto de competencias entre los órganos que la integran", *Estudio de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 2014. BOCANEGRA SIERRA, Raúl, "Consideraciones sobre la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm.161, 2001. CORDERO LOZANO, Fernando, *Estudio de los juzgados provinciales de lo contencioso-administrativo. Especial consideración al régimen competencial*, 2002.

6. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El proceso contencioso administrativo suele iniciarse mediante la presentación de un escrito de interposición, aunque antes cabe solicitar medidas cautelarísimas, que serán o no concedidas en función de los criterios del *Fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho del recurrente) y *Periculum in mora* (riesgos asociados a la no suspensión del acto administrativo objeto de recurso).

Las partes recurrente y recurrida intercambian sus argumentos en los escritos de demanda y contestación, cuyo objeto ha de versar sobre la ilegalidad o legalidad de la actuación administrativa cuestionada. Procede solicitar la práctica de prueba en el primero, abriéndose un período probatorio en el que cabe utilizar cualquiera de los medios normalmente admitidos en Derecho.

El procedimiento se abrevia y caracteriza por la oralidad en el caso de los contenciosos tramitados en los juzgados unipersonales. En estos casos la demanda inicia la secuencia de trámites, resolviéndose la contradicción en una vista oral ante el propio Juez, quien forma su criterio escuchando directamente a las partes, frente al carácter eminentemente escrito del proceso ordinario.

BIBLIOGRAFÍA: CASTILLEJO, Raquel, *El proceso contencioso administrativo. Primera instancia y ejecución del procedimiento ordinario*, Tirant lo Blanch, 2018. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Código de la Justicia administrativa*, Cívitas, 2005.

7. LA SENTENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y OTRAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

La finalización natural del procedimiento es mediante el dictado de Sentencia, aunque también se contempla la posibilidad de un acuerdo intrajudicial, el reconocimiento administrativo de la pretensión, el desistimiento o (menos habitual) el allanamiento de la Administración.

El contenido de la Sentencia puede ser estimatorio o desestimatorio, en todo o parte de las pretensiones. Ha de ser congruente con las formuladas por la parte recurrente, de modo que las equivocaciones a la hora de pedir un pronunciamiento o las insuficiencias de la demanda no deben achacarse al tribunal, sino a la impericia de la representación letrada. Para evitar estos resultados, se extiende la práctica de la formulación de un sinnúmero de pretensiones principales o subsidiarias, de modo que la anulación del acto, la restitución de situaciones preexistentes o la indemnización por daños causados no desaparezca del pronunciamiento judicial.

La ley jurisdiccional sigue contemplando los pronunciamientos de inadmisibilidad en sentencia, caso que debiera ser excepcional por el grave perjuicio de frustrar las expectativas de justicia al final del proceso. La inadmisibilidad del recurso debe despejarse en las fases iniciales, no tras el esfuerzo argumental desplegado por las partes, con el consiguiente coste de tiempo y recursos para todos.

El allanamiento de la Administración o el reconocimiento administrativo de la pretensión son infrecuentes, pues antes del contencioso se han tramitado las vías administrativas, dando la oportunidad de reconocer los derechos o intereses afectados. Además, las normas de las organizaciones administrativas establecen límites estrictos que dificultan sobremanera las concesiones de este tipo, así como también entorpecen y hacen poco viable, salvo mejor regulación, la transacción.

Por las mismas razones, tampoco es común el desistimiento del recurrente, pues este se produciría una vez satisfechas sus pretensiones, lo cual puede producirse sólo por un cambio de criterio o actitud de la Administración, que habría de formalizarse de algún modo.

Los efectos de la Sentencia contencioso-administrativa pueden extenderse a terceros en algunas materias (personal y tributaria). Esta posibilidad favorece una aplicación más uniforme de las normas, evitando la consolidación de situaciones contradictorias con la legalidad por no haberse recurrido los actos de aplicación en tiempo y forma.

BIBLIOGRAFÍA: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm.145, 1998. LOPERENA ROTA, Demetrio, *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, IVAP, 2000. PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso, *Los efectos de las sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, 2000.

8. EL RECURSO DE APELACIÓN

El recurso de apelación es la auténtica segunda instancia contencioso administrativa, planteándose frente a las decisiones de los juzgados en el nivel colegiado superior, de los Tribunales Superiores de Justicia. Es una oportunidad de revisión de todas las cuestiones suscitadas en el proceso, tanto las de hecho como las de Derecho.

La interposición del recurso de apelación tiene un efecto suspensivo, pero las partes pueden solicitar su ejecución provisional, y el tribunal puede acordar también medidas cautelares para garantizar la eficacia de la resolución final. Estas decisiones sobre los efectos de la primera instancia son relevantes, toda vez que la apelación suele tramitarse en plazos más largos en los tribunales superiores.

BIBLIOGRAFÍA: CASADO CASADO, Lucía, *Los recursos en el proceso contencioso administrativo: restricciones y limitaciones*, Tirant lo Blanch, 2019. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Instalaciones, apelaciones, casaciones, cuantías y materias y otras cuestiones innombrables", Jueces para la Democracia, 1999.

9. EL RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación, en su naturaleza nomofiláctica, dilucida con serias limitaciones de admisibilidad (por materias y por cuantías), la interpretación correcta de las normas por parte de los tribunales. Su regulación es restrictiva para evitar colapsar la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, que ha tenido que multiplicar sus magistrados e hipertrofiarse por el número de recursos.

La nueva regulación del recurso de casación enfatiza la necesidad del interés casacional objetivo, una suerte de *certiorari*, o facultad del tribunal de decidir qué asuntos de entre los fallados por los tribunales son más importantes, a la hora de determinar su admisibilidad o inadmisibilidad, evitando el abuso en la utilización de la vía casacional.

Además del recurso de casación ordinario, se contemplan en la ley jurisdiccional otros en interés de Ley y unificación de doctrina. Aún más limitados en su procedencia, su razón de ser es la garantía de la coherencia ordinamental en la interpretación de las normas administrativas de carácter estatal, pues las cuestiones referidas exclusivamente a los derechos autonómicos o locales se despejan en el nivel de los tribunales superiores de justicia.

BIBLIOGRAFÍA: RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, "Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo", *Revista Vasca de Administración pública*, núm. 110, 2018. RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, "El nuevo recurso de casación contencioso administrativa y el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94, 2016. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del Derecho administrativo", *Revista de Administración pública*, núm.146, 1998.

10. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS

Uno de los principales problemas que plantea el control contencioso administrativo es la dificultad o imposibilidad de la ejecución de la sentencia. En los casos más graves, por resistencia del poder público; en otros por alteración drástica de las circunstancias de hecho; o por sus nefastas consecuencias sobre un interés

general que desaconseja derribar instalaciones públicas o perjudicar gravemente, a pesar de las ilegalidades, la prestación de servicios públicos.

Las soluciones a este difícil desafío pasan por la atribución de mayores poderes a los jueces contencioso administrativos, la atribución de facultades de ejecución a jueces especializados en esta tarea o la regulación de la posibilidad de la expropiación de sentencia cuando el interés público lo justifique.

Por supuesto, en todo caso deben funcionar los mecanismos clásicos de garantía del cumplimiento de las resoluciones judiciales: incidentes de ejecución que despejen cualquier duda, y multas personales a la autoridades resistentes o contumaces que por pasividad o con el subterfugio del dictado de nuevos actos intentan eludir la justicia.

BIBLIOGRAFÍA: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *El poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, Cívitas, Madrid, 1995. REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, "Ejecución de sentencias en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 8, 2005.

Tema XVII

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION

SUMARIO: 1. La importancia de la responsabilidad del Estado. 2. Responsabilidades políticas y responsabilidades jurídicas. 3. Responsabilidad del poder legislativo y del poder judicial. 4. Modelos de responsabilidad patrimonial de la Administración. 5. Responsabilidad por acto, actuaciones, omisiones y dilaciones. 6. Responsabilidad de las autoridades y los empleados públicos. 7. Responsabilidad por daños producidos por los contratistas y sujetos autorizados. 8. Presupuestos de la responsabilidad. 9. Procedimiento de exigencia de responsabilidades.10. La indemnización.

1. LA IMPORTANCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Autores tan destacados como Luis Diez Picazo y Eduardo García de Enterría han señalado la importancia de una correcta regulación del derecho de daños para el buen funcionamiento de la economía. La responsabilidad de la Administración es, junto al control judicial, una de las dos garantías principales del Derecho administrativo. Ampliada esta protección frente a las decisiones de todos los poderes públicos, se vuelve uno de los pilares claves del Estado de Derecho.

En muchas ocasiones, la respuesta judicial ante agravios e ilegalidades cometidos por las instituciones se demora, consolidándose situaciones de hecho dañinas, perjudiciales y difícilmente reparables por otra vía que no sea la indemnización. Así que la protección real ofrecida por el Derecho a las personas se concreta en la compensación del daño sufrido, cuantificado económicamente. Esta determinación de responsabilidad puede ser realizada por los tribunales internos o por instancias internacionales, cuando las decisiones generadoras del daño vulneran compromisos de tal orden.

La ausencia o el incorrecto funcionamiento de un sistema de reconocimiento y compensación de los daños eventualmente generados por el poder público disuade sobremanera la inversión privada. Si no existieran garantías de poder exigir la reparación, particulares y empresas retraerían sus iniciativas. Una de las principales contribuciones del Derecho administrativo a la prosperidad radica por tanto en esta expectativa de cobertura futura de los daños antijurídicos.

Al mismo tiempo, el correcto diseño del instituto de la responsabilidad del Estado es importante para evitar excesos en las sentencias que amenacen la sostenibilidad de las cuentas públicas. Algunos países han atravesado situaciones difíciles desde el punto de vista económico por las condenas al pago de indemni-

zaciones (caso de Colombia, por ejemplo), pues si se interpretan ampliamente los supuestos de responsabilidad del Estado, el presupuesto puede convertirse en un seguro universal frente a todo tipo de avatares sufridos por causas múltiples (especialmente cuando concurren otros sujetos privados en la producción del daño, como veremos).

BIBLIOGRAFÍA: DIEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Cívitas, Madrid, 1999. LEGUINA VILLA, Jesús, *Responsabilidad civil de la Administración pública*, Tecnos, 1983 (con Prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA). RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Cuatro aparente principios de la nueva Ley de responsabilidad del Estado en Argentina", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm.37, 2014 RIVERO YSERN, Enrique, *El daño en el Derecho administrativo*. 2018.

2. RESPONSABILIDADES POLÍTICAS Y RESPONSABILIDADES JURÍDICAS

La Administración pública y sus agentes responden por diversos conceptos y conforme a regímenes y presupuestos variados. Así, ha de distinguirse en primer lugar la llamada responsabilidad política de la de naturaleza jurídica y. dentro de esta última, que debe producir consecuencias reparadoras necesariamente, las de naturaleza penal, administrativa o civil, disciplinaria y contable, cuyos alcances han de diferenciarse, aunque en ocasiones resulten de hechos idénticos o similares.

A menudo, de la defectuosa gestión administrativa podrían derivarse exigencias de dimisión de los titulares de los niveles directos. También cabe exigir rendir cuentas ante el Parlamento o la sociedad por los errores en la elección de personas, pero depende de la madurez y seriedad política de cada modelo que esto se produzca, percibiéndose prácticas bien opuestas en unos países u otros.

Dentro de las responsabilidades jurídicas, la penal es sin duda la más grave, exigible tanto a personas físicas como, más recientemente, a personas jurídicas. Tantas veces son sin embargo las autoridades y funcionarios quienes delinquen, de modo que serán ellos quienes tengan que asumir las condenas. Ahora bien, de la responsabilidad penal se puede deducir otra civil, y en ésta el Estado responde subsidiariamente.

El tipo de responsabilidad administrativa por excelencia es la civil o patrimonial, esto es, la compensación por los daños ocasionados como consecuencia del actuar o la pasividad administrativa. Cuando la Administración perjudica derechos o intereses de terceros de modo efectivo y cuantificable, sin que éstos tengan la obligación jurídica de soportarlo, ha de indemnizar.

No se agotan en esta responsabilidad las exigibles a las autoridades y o a los funcionarios. A unos y otros se les pueden exigir las responsabilidades contables. Y a los segundos, a todos los empleados públicos, también pueden exigírseles responsabilidades disciplinarias, que se pueden extender a los altos cargos por vía de regulación estatuaria en aplicación de principios de la ética pública.

BIBLIOGRAFÍA: BUSTOS GISBERT, Rafael, *La responsabilidad política del Gobierno. Realidad o ficción*, Colex, Madrid, 2001. CASINO RUBIO, Miguel, *Responsabilidad civil de la Administración y delito,* Marcial Pons, Madrid, 1998. GARCÍA MORILLO, Joaquín, "La responsabilidad política", *Claves de Razón práctica*, núm.45, 1994. GUTIÉRREZ GARCÍA, Concepción, *La responsabilidad contable de los gestores de fondos públicos,* Bayer, 2010. IVARS RUIZ, Joaquín, *La responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos*, Tirant lo Blanch, 2008.

3. RESPONSABILIDAD DEL PODER LEGISLATIVO Y DEL PODER JUDICIAL

El Estado se divide en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Para cada uno de ellos suele contemplarse un régimen de responsabilidades específico, no siendo plenamente aplicables los principios de cada uno de ellos a los otros dos. La responsabilidad del legislador sólo cabe por razones constitucionales o de Derecho internacional; la de los jueces y magistrados debe ser regulada por su propia normativa; la del Poder Ejecutivo, en fin, se rige por el Derecho administrativo.

La jurisprudencia constitucional es la que ha de determinar el alcance y las consecuencias de los pronunciamientos de anulación de las leyes, incluyendo también las repercusiones de tipo indemnizatorio. La mayoría de las declaraciones de inconstitucionalidad no comportan el reconocimiento del derecho a cobrar indemnizaciones, subordinándose hoy su reconocimiento al previo pronunciamiento judicial, habiéndose invocado en el recurso frente a los actos de aplicación la inconstitucionalidad de la norma.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos y los acuerdos de integración económica supranacional son dos fuentes jurídicas recurrentes para declarar la responsabilidad del Estado legislador. Al fin, aquellos compromisos suscritos a nivel externo adquieren una primacía sobre las fuentes internas, condicionando en particular las leyes, de forma que, si alguna de ellas los trasgrede, las consecuencias dañinas para terceros habrán de ser reparadas. La indemnización tendrá en estos casos las características que fijen las instancias judiciales competentes, que pueden ser tanto los tribunales nacionales como los supranacionales creados al efecto.

La responsabilidad del Estado juez está sujeta asimismo a reglas distintas a las propias de la Administración. Es el error judicial o la situación de mayor daño, por retraso inasumible o mal funcionamiento, la que da lugar al derecho a ser indemnizado. La interpretación de estos casos responde a criterios propios, marcados por el propio sistema judicial, que ha de diferenciar los estándares de funcionamiento normal o anormal.

BIBLIOGRAFÍA: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Cívitas, Madrid, 2005. GARRIDO MAYOL, Vicente, *La responsabilidad patrimonial del Estado, especial referencia a la responsabilidad del Estado legislador,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. MARTÍN REBOLLO, Luis, *Jueces y responsabilidad del Estado*, CEPC, 1983. JIMENEZ LECHUGA, Francisco, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el Derecho español,* Marcial Pons, Madrid, 1999.TOLIVAR ALAS, Leopoldo, "Responsabilidad patrimonial del Estado Juez", en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

4. MODELOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

No todos los Derechos administrativos comparados presentan el mismo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Suelen oscilar entre el reconocimiento de una responsabilidad objetiva plena, después matizada por las interpretaciones judiciales, y una responsabilidad subjetiva asociada a la comisión de ilegalidades o el funcionamiento anormal de los servicios públicos, concurriendo infracciones de los órganos administrativos

La opción entre una responsabilidad objetiva o subjetiva es relevante a los efectos de determinar el alcance del deber de indemnizar de la Administración, pero incluso en aquellos ordenamientos en los cuales se adopta el primer modelo, los tribunales tienden a diferenciar, de un modo u otro, los supuestos en los cuales se ha producido un funcionamiento defectuoso, de aquellos otros en los que el actuar administrativo ha sido normal, en cuyo caso puede entenderse que existe un deber de soportar tal acción, salvo que comporte algún tipo de "sacrificio especial".

También existen modelos intermedios, como el que subordina o el daño indemnizable al carácter legítimo o ilegítimo de la actuación administrativa, un deslinde más complejo de manejar que el de la legalidad o ilegalidad del acto, como lo es el del correcto o incorrecto funcionamiento de la Administración. En estas soluciones se pone de manifiesto la gradualidad del carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad.

Los sistemas de responsabilidad administrativa también se pueden diferenciar en función del grado de exigencia posible de responsabilidades personales a las autoridades y funcionarios, más allá de las de carácter penal y disciplinario, siempre disponibles. Básicamente, algunos sistemas optan por prever de manera general esa responsabilidad penal, o la exigencia de la acción de regreso (reparación del daño por la autoridad o funcionario, tras la indemnización administrativa), mientras otros se muestran más prudentes en este punto tan delicado de si exigir o no directamente responsabilidades patrimoniales a los servidores públicos.

BIBLIOGRAFÍA: ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés, *El régimen de la responsabilidad objetiva*, Legis, Bogotá, 2013. *El régimen de la responsabilidad subjetiva*, Legis, Bogogá, 2014. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, 2012. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Los anteojos del civilista", "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", *Documentación administrativa*, núm. 237, 1994.

5. RESPONSABILIDAD POR ACTOS, ACTUACIONES, OMISIONES Y DILACIONES

La responsabilidad de la Administración puede derivarse del dictado de actos, actividades materiales, pasividades o inactividades (formales o materiales), dilaciones procedimentales o por la aprobación de reglamentos. En todos estos supuestos, responden los órganos administrativos autores de los actos o actuaciones, haciéndolo solidariamente cuando fueran varios los que intervinieran de modo concurrente.

La Administración puede dañar por acción o por omisión. Los actos administrativos, los reglamentos, las vías de hecho o la actividad material pueden generar perjuicios a terceros. En todos estos casos, cumpliéndose los presupuestos de la responsabilidad, surge el deber de indemnizar. También cuando la pasividad o el silencio administrativo son causa evidente de detrimento en la esfera de derechos o intereses, cuantificable económicamente y sin el deber de soportar.

En el caso de las pasividades, no siempre es fácil constatar de forma inequívoca esta relación de causalidad única, pues intervienen otras causas o sujetos en la producción del daño. Probablemente esta sea una de las razones de la existencia de menos pronunciamientos de condena a la Administración por inactividad. Esta situación merecería ser revisada, pues los comportamientos administrativos irresponsables afectan muy negativamente la iniciativa privada, como sucede por ejemplo con las demoras procedimentales.

BIBLIOGRAFÍA: ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés, *Responsabilidad de la Administración y procedimiento*, Ratio Legis, Salamanca, 2015. BLASCO ESTEVE, Avelino, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, 1981. HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparado de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho colombiano y francés*, 1998. MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2005. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Responsabilidad concurrente", en QUINTANA LÓPEZ, Tomás, Dir, *Responsabilidad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

6. RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Autoridades y empleados públicos son personalmente responsables por sus decisiones, aunque con un alcance diferente en el ámbito penal, fiscal y administrativo. Así como la responsabilidad penal es personal y directa, la administrativa (o civil) sólo se puede ejercer indirectamente en el Derecho español, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos. Las responsabilidades contables son también directas y, como sucede con las anteriores, su nivel de exigencia está incrementándose.

La jurisdicción penal interviene cuando se cometen delitos, también en todos aquellos ilícitos contra la Administración pública (prevaricaciones, cohechos, tráficos de influencias, negociaciones prohibidas, etc). Los casos de enjuiciamiento de responsables públicos en el orden penal han crecido exponencialmente, ampliándose de forma muy significativa la interpretación expansiva de los tipos penales, en una respuesta a la preocupación también creciente de la opinión pública por la corrupción.

El Ordenamiento contempla de igual forma la posibilidad de exigir a las autoridades y funcionarios la indemnización, para reparar los daños causados por sus actuaciones a los particulares, especialmente cuando concurre dolo o negligencia grave. En el Derecho español, esta acción se veda a los perjudicados, quienes deben reclamar directamente a la Administración, siendo ésta después la que valora si concurren o no los presupuestos de la "repetición" o "regreso" contra el empleado público o la autoridad, lo que ocurre en algunas ocasiones, muy contadas.

La responsabilidad contable es, finalmente, otra de las manifestaciones de la responsabilidad personal, proyectada en este caso sobre los gestores de recursos públicos. El Tribunal de Cuentas u otros órganos (contralorías) tienen atribuida su posible exigencia, en un modelo jurisdiccional con todas las garantías que protege el cumplimiento de las normas sobre buena administración de los recursos públicos.

BIBLIOGRAFÍA: ARENAS MENDONZA, Hugo Andrés, *La acción de repetición*, Legis, 2018. DOMENECH, Gabriel, "Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio", Indret 2006. "FORTES GONZÁLEZ, Ana, *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*, INAP, 2014. RIVERO ORTEGA, Ricardo, Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos: el antídoto de la arbitrariedad, Iustel, Madrid, 2020. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Responsabilidad administrativa y penal de funcionarios de Administración local con habilitación nacional", *Revista de Estudios Locales*, núm. 182, 2015. ROSIÑOL VIDAL, Carles, La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos, 2 Edición, 1999.

7. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PRODUCIDOS POR LOS CONTRATISTAS Y SUJETOS AUTORIZADOS

La Administración responde por los daños producidos por las decisiones y actuaciones de los empleados públicos. No así necesariamente cuando el perjuicio es producido como resultado de la ejecución de los contratos (salvo que la causa sea el proyecto o una orden administrativa directa) o por la actividad de los sujetos autorizados, pues la interpretación de la culpa *in vigilando* es muy restrictiva en nuestro Derecho.

Contratitas y concesionarios responden de los daños que cause su actividad, salvo que sea consecuencia de una indicación de la Administración. En caso de duda sobre la responsabilidad, debe ser el órgano de contratación el que se pronuncie, despejando después la cuestión la jurisdicción contencioso administrativa, pues al menos se ha resuelto en gran medida la dualidad jurisdiccional que se daba en estos casos.

Tampoco responde la Administración por los daños causados por los sujetos autorizados, salvo en casos excepcionales, pues de extenderse la responsabilidad administrativa en estos casos, sería grave el detrimento patrimonial sobre el presupuesto. Por ello, salvo negligencia grave *in vigilando*, ha de ser el operador privado quien responda.

Los seguros de responsabilidad civil deben cubrir los riesgos generados por la actividad de contratistas, concesionarios y sujetos autorizados, aunque en ocasiones pueden suscitar dudas de jurisdicción

BIBLIOGRAFÍA:HUERGO LORA, Alejandro, *El seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas*, Marcial Pons, 2002. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "Responsabilidad de la Administración por los daños causados por el sujeto autorizado", *Revista de Administración pública*, núm. 155, 2001. YÁÑEZ DÍAZ, Carlos, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y privatización de servicios públicos*, Aranzadi, 201

8. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Entre los presupuestos de la responsabilidad se encuentran por supuesto la procedencia del daño (ha de ser consecuencia de una acción u omisión administrativa) y su antijuridicidad, esto es, tratarse de un hacer o no hacer de la Administración vulnerador de normas o principios, con inversión de la carga de la prueba sobre la juridicidad, pues en principio los actos administrativos se presumen válidos (por tanto, ajustados a Derecho).

Lo importante, en todo caso, es que no cualquier daño en bienes o derechos hace surgir automáticamente el derecho a la indemnización. Sólo aquellos resultantes de acciones u omisiones incorrectas producen tal consecuencia. Si la Administración puede convencer de que su actuar o no hacerlo respondió a los parámetros de la normalidad y legalidad de funcionamiento, no cabe en principio la indemnización.

Excepcionalmente, sin embargo, se contempla la posibilidad de reconocer el derecho a la indemnización en los casos en que, siendo el funcionamiento regular (normal), o (a la inversa), en ausencia de funcionamiento irregular, y siendo lícito el ejercicio de las potestades administrativas, se produce un sacrificio especial para algún o algunos particulares concretos. Múltiples actividades administrativas generan riesgos, molestias o perturbaciones sobre la esfera de bienes y derechos de los particulares, con consecuencias dañinas cuantificables y localizables en determinados individuos. Ante tales circunstancias, en virtud de un razonable principio de compensación, se puede reconocer el derecho a la indemnización, aunque resulta problemático el no definir precisamente quién debe reconocerlo, ni según qué procedimiento, ni si su reconocimiento sienta un precedente que deba seguirse después en casos similares, cuestiones relevantes y asociadas a principios como la igualdad de trato, la confianza legítima o el deber de objetividad.

En cambio, se excluyen de la indemnizabilidad los daños derivados de sucesos de fuerza mayor, que se definen como los inevitables y ajenos al actuar de la Administración. Terremotos y otras catástrofes naturales, por ejemplo, no sucesos perfectamente previsibles y ante los que cabe adoptar medidas precautorias para evitar o paliar los peores daños.

Otro de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la relación de causalidad, en la que puede intervenir también, como de hecho a menudo sucede, el comportamiento del perjudicado. Para ser considerado como eximente o atenuante del deber de indemnizar, ha de ser culpable, no determinando necesariamente la exclusión de la responsabilidad, sino moderándola en función de las circunstancias del caso, compartiendo las responsabilidades el patrimonio público y el propio perjudicado.

Otro de los aspectos elementales del régimen de responsabilidad es la formulación del daño indemnizable, en este artículo definidos en términos muy amplios ("daños de cualquier tipo"), en cláusula abierta que incluye tanto los patrimoniales como los físicos o morales, que en todo caso han de ser "efectivos". En este punto, la efectividad del daño, radica el verdadero presupuesto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Los daños previsibles en el futuro, pero aún no materializados, no serían indemnizables. Tampoco cabe indemnizar las meras expectativas, contra la teoría de la "pérdida de la oportunidad" propia de otros ordenamientos. Además, la efectividad debe ser acreditada por el reclamante, sin alteración pues de la carga de la prueba en este caso.

BIBLIOGRAFÍA: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Cívitas, 2016. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de la oportunidad*, Cívitas, Madrid, 2007.LÓPEZ MENUDO, Francisco, "Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm.36, 1999.

9. PROCEDIMIENTO DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES

El procedimiento de exigencia de responsabilidades a la Administración comporta el previo y necesario agotamiento de las vías administrativas, tras las cuales, y si no hay una respuesta estimatoria y satisfactoria para el particular perjudicado, cabe utilizar el recurso contencioso administrativo.

La Ley regula el plazo de solicitud de la reparación, en términos suficientemente amplios para amparar los derechos e intereses perjudicados. En cuanto al tiempo de duración del procedimiento, suele remitirse a los tiempos comunes, los regulados en la normativa básica o general de Derecho administrativo. También se rige este procedimiento en muchos de sus trámites por las leyes y reglamentos de procedimiento administrativo (presentación de informes, pruebas, etc).

El procedimiento debe servir para comprobar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad administrativa, ya explicados, para lo cual, además de los argumentos y pruebas presentadas por la persona perjudicada, suele incorporarse con carácter preceptivo el pronunciamiento de algún órgano técnico y tendencialmente imparcial (como el Consejo de Estado o los órganos consultivos equivalentes en el nivel autonómico, para el caso español).

BIBLIOGRAFÍA: FORTES GONZÁLEZ, Ana Isabel, "Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 48, 1997.

10. LA INDEMNIZACIÓN

El alcance de la indemnización ha de cubrir, además, tanto daño emergente como lucro cesante (se entiende, una vez más, en los supuestos de antijuridicidad), siempre que se trate de daños reales y efectivos. El daño emergente es el perjuicio irrogado directamente al particular sobre sus bienes y derechos, mientras que el lucro cesante es el beneficio cierto dejado de percibir a resultas del actuar administrativo, beneficio cierto que exige una acreditación verosímil.

La fijación de la cuantía de la indemnización puede seguir criterios diversos, aplicados en primer lugar por la Administración (en la vía administrativa), o por los tribunales (en vía contenciosa): valoraciones fiscales, conectadas a la legislación de expropiación forzosa, o atendiendo al valor de mercado. En el caso de daños personales, pueden utilizarse como referencia los baremos propios de la seguridad social o la normativa vigente de seguros obligatorios. Estos parámetros no vinculan a los jueves ni a la Administración, pero sí son orientativos y aproximan las cuantías, de forma que separase de los mismos requerirá un particular esfuerzo de motivación (administrativa o judicial).

El legislador acierta al prever, en el régimen de la responsabilidad, la posibilidad de sustituir la indemnización típica monetaria de una vez por otra posible en especie, así como al posibilitar pagos periódicos, siempre que esté de acuerdo el lesionado y se sirva de este modo también mejor el interés público. Téngase presente que el acuerdo con el interesado es condición necesaria de la utilización de esta alternativa, lo que limita sus posibilidades sobremanera, pues la mayoría de las veces los particulares preferirán una compensación monetaria.

Además de las resultantes de procedimientos y procesos, cabe regular indemnizaciones mediante decisiones con rango de Ley, lo que puede dar lugar a controversias por el trato de favor o disfavor en determinados casos. En la mayoría de estos supuestos, han sido empresas las beneficiadas, aunque no debe olvidarse tampoco la reparación a los afectados por catástrofes naturales u otras circunstancias extraordinarias, sin olvidar los regímenes indemnizatorios especiales –perfectamente justificados– en el caso de las víctimas del terrorismo.

BIBLIOGRAFÍA: FUERTES LÓPEZ, Mercedes, *Las desventuras del dinero público*, Marcial Pons, Madrid, 2018. MESEGUER YEBRA, Joaquín, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: indemnización y plazo de prescripción*, Bosch, Barcelona, 2000.

Tema XVIII

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO: 1. Actividad administrativa de policía, limitación o control. 2. Actividad administrativa de fomento. 3. Actividad administrativa de servicio público. 4. Actividad administrativa de regulación. 5. Actividad administrativa arbitral. 6. Actividad administrativa de intervención directa con creación de empresas públicas.

1. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE POLICÍA, LIMITACIÓN O CONTROL

El concepto de policía se halla en la obra de Aristóteles, como suma descripción del buen gobierno y orden en la ciudad. Desde tan insigne tradición se reconstruye después, al desarrollarse las estructuras públicas, en forma de *ius politiae* primero, y más adelante, en el tiempo del despotismo ilustrado, como Ciencia de la policía –destacado antecedente de nuestro Derecho administrativo– en la Europa del siglo XVIII (Alemania, España, Francia).

Inicialmente la policía se asocia a toda la acción pública, pero más adelante las doctrinas liberales abogaron por una restricción de los límites del Estado (Humboldt), reconduciendo el concepto a la represión de las conductas ilícitas de los sujetos privados. El mantenimiento del orden y la protección de los derechos, mediante limitaciones y técnicas de control (autorizaciones, certificaciones, inspecciones) pasaría a ser su objeto.

La actividad de policía tiene una vertiente represiva, traducida en sanciones, y una vertiente preventiva, realizada mediante la comprobación del respeto de las normas. Cuando esa tarea es realizada por funcionarios públicos siguiendo un procedimiento formalizado, y estando los sujetos privados obligados a colaborar con ellos, nos encontramos ante una de las principales potestades actuales de la Administración: la potestad inspectora.

En cierta medida, la eficacia del Derecho pende de la existencia de un eficaz aparato inspector. Por ello, muchas normas de la parte especial del Derecho administrativo contemplan un título o capítulo dedicado a la inspección. Estas normas imponen a los sujetos privados la obligación de colaborar con las inspecciones administrativas, facilitándoles la información necesaria para cumplir sus objetivos, pero sin lesionar en ningún caso los derechos fundamentales.

Cuando la Administración inspecciona, lleva a cabo una actividad informativa dirigida a velar por el cumplimiento de las normas, pero también recopila datos

que después podrán ser utilizados en la reconducción de las conductas a la legalidad, ora mediante recomendaciones, ora a través de la potestad sancionadora que después estudiaremos, pues inspección y sanción suelen ser intervenciones consecutivas.

Los principios de la potestad inspectora son, en líneas generales, comunes con los de la potestad sancionadora de la Administración, así como con los de cualquier otro poder de intervención con efectos sobre la libertad de los particulares. En tanto los ciudadanos están obligados a facilitar las labores de inspección, éstas deben ser contempladas previamente con carácter general en normas con rango de ley (Reserva de ley) y suficientemente predeterminadas por las normas (principio de legalidad).

Además, las inspecciones deben respetar, como cualquier otra manifestación del actuar administrativo, los derechos fundamentales, destacadamente la intimidad, pues es el derecho que más seriamente puede verse afectado por técnicas consistentes sobre todo en la recopilación de datos e informaciones. Pero también la igualdad, no siendo aceptable la focalización de las intervenciones inspectoras en sujeto determinado, de forma arbitraria o discriminatoria.

El principio de proporcionalidad también rige para las inspecciones administrativas, obligando a realizar una valoración de la relación entre medios y fines en el despliegue del aparato inspector. Por un lado, la proporcionalidad supone una prohibición de exceso, pues demasiadas inspecciones coartarían la libertad y perturbarían la actividad económica empresarial; por otro, la proporcionalidad exige eficacia, pues la pasividad del aparato inspector puede llevar a situaciones de elevado grado de incumplimiento de ciertas normas.

Igualmente, algunos principios del procedimiento sancionador son trasladables a las intervenciones inspectoras, comenzando por la exigencia misma de procedimiento. Como cualquier otro ejercicio de potestades administrativas, las actuaciones inspectoras deben ser convenientemente protocolizadas, mediante formas y reflejos documentales que permitan la revisión de su adecuación a la legalidad.

Para ello, en primer lugar, el inspector debe ser un funcionario especializado en la comprobación de los hechos relevantes en cada sector, pues de lo contrario puede confundirse en sus apreciaciones, que de otro modo no tendrían reconocida la presunción de veracidad. Su condición de funcionario público conlleva, junto a la autoridad, deberes especiales, como el sigilo sobre los datos que conozca en ejercicio de su función.

Entre las obligaciones de los ciudadanos en el procedimiento, destaca la de colaborar con la inspección facilitando su visita y ofreciendo cuantos datos e informaciones solicite para comprobar el respeto de las normas. Pero junto a estas

obligaciones, son muy relevantes los derechos de defensa y, desde luego, la práctica de pruebas que puedan servir de contrapunto a las apreciaciones fácticas o técnicas plasmadas por los funcionarios inspectores en sus actas, que gozan de una presunción de veracidad, desmontable mediante la debida práctica de pruebas.

También plantea problemas el acceso a locales que tengan la condición de domicilio con el fin de realizar actuaciones inspectoras, situación que requiere, como en tantos otros actos administrativos, la autorización judicial. La condición de domicilio de los lugares de trabajo, sedes sociales, instalaciones industriales y oficinas de las empresas, es a menudo sin embargo muy discutible.

Junto a las inspecciones, otra de las técnicas principales de la actividad administrativa de limitación es la autorización administrativa: acto mediante el cual la Administración permite que un sujeto privado realice determinada actividad, tras comprobar que cumple las exigencias de la normativa aplicable. Consiste en el levantamiento de una prohibición de llevar a cabo determinadas empresas sin un previo título habilitante. Buena parte de las actividades de contenido económico no pueden desarrollarse sin solicitar el correspondiente permiso a la Administración: apertura de un local de negocio; instalaciones industriales; apertura de farmacias; construcción de obras; realización de espectáculos públicos.

Son ejemplos de actividades privadas consentidas por la Administración tras valorar a la luz del interés público su compatibilidad con la normativa reguladora. No puede realizarse legalmente una actividad sometida a autorización sin solicitarla, y ni el paso del tiempo ni la tolerancia administrativa sanan la ilegalidad de una actividad no autorizada. Esta obligación de obtener licencia podría suponer un grave condicionante del ejercicio de la libertad de empresa, sobre todo si la Administración dispusiera de una amplia discrecionalidad a la hora de decidir quién, cómo y cuándo está autorizado para realizar actividades económicas.

Para evitar esta amenaza de la libertad, el ordenamiento suele caracterizar las autorizaciones como actos reglados de la Administración, lo que quiere decir que cuando la Administración concede o deniega una autorización se limita a realizar un proceso de subsunción (proyección de lo establecido en la norma sobre el caso concreto), que consiste en un silogismo (un símil que permite comprender la mecánica de este proceso es el de la plantilla o el troquel).

Además de las inspecciones y las autorizaciones, otras actividades policiales consisten en la recogida de información dirigida a fiscalizar si se respeta o no el ordenamiento. Los registros administrativos, por ejemplo, cumplen esta finalidad, controlándose con esta técnica actividades económicas privadas que presentan riesgos, como el manejo de ciertas sustancias químicas (explosivos, componentes de los estupefacientes), la venta de armas o las joyerías.

La obligación de comunicar actividades es otra herramienta, sustitutiva de las licencias y autorizaciones, más permisiva de la iniciativa privada, pero garantizadora al tiempo de que la Administración está al menos informada del número de empresas en un sector determinado, así como de las condiciones de su ejercicio de la actividad en cuestión. En esta misma línea de facilitar la iniciativa empresarial, sin sobrecargarla de trámites administrativos y exigencias documentales, se plantean las declaraciones responsables.

En un orden constitucional como el nuestro, en el que el principio de libertad ocupa un lugar central, las prohibiciones de realización de conductas privadas, también de aquellas de mayor trascendencia económica, deben ser establecidas por el legislador, respetando los derechos fundamentales de acuerdo con el principio de proporcionalidad. El papel de la Administración, posterior, es el de desarrollar o concretar esas prohibiciones en función delas necesidades y circunstancias de cada sector.

BIBLIOGRAFÍA: BERMEJO VERA, José, "La Administración inspectora", *RAP* 147,1998. CALVO SÁNCHEZ/RIVERO YSERN, *Nuevas formas de control administrativo y protección de consumidores y usuarios*, Ratio Legis, Salamanca, 2013. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano *La actividad administrativa de inspección,* Comares, Granada,2002. GARCÍA URETA, Agustín, *La potestad inspectora de las Administraciones públicas,* Marcial Pons, Madrid, 2006. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La autorización administrativa*, Cívitas, Madrid, 2006. NÚÑEZ LOZANO, Carmen, *Las actividades comunicadas a la Administración,* Marcial Pons, Madrid, 2000. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración,* Tecnos, Madrid, 2000. VALERIOLA, *Idea general de la policía o tratado de la policía,* IEAL, Madrid, 1977.

2. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO

Aunque pueden señalarse antecedentes en la época del despotismo ilustrado, la idea de fomento encontrará sus principales inspiradores en la figura de Javier de Burgos, quien dirigió en 1822 una Exposición a Fernando VII analizando las causas del derrumbe del país. Su Instrucción a los Subdelegados de Fomento, firmada en noviembre de 1833, es sin duda el documento más expresivo de un programa de reactivación, en la línea estratégica hoy ensayada por tantas políticas públicas.

A mediados del siglo pasado, Jordana de Pozas recuperará la idea de fomento, definiéndola como "acción de la Administración destinada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos". Pero el apogeo del fomento como fin último del

Estado ya había pasado en el momento de formular esta definición, por el auge del servicio público y debido al replanteamiento de las categorías administrativas.

Ante la vaguedad del término fomento, parte de la doctrina propone, como sucede con la policía, una reconsideración conceptual, sustituyendo la vieja idea por otra más expresiva y circunscrita a la concreta actividad de ayuda y recompensa de la iniciativa privada. Esta propuesta es plausible, pues permite hacer énfasis en aquellas herramientas jurídicas más características del fomento (destacadamente, las subvenciones y otras ayudas económicas) cuya incidencia sobre el funcionamiento de los mercados, que pueden perturbar, es más que notable.

Y es que en la definición de Jordana encuadra un haz de intervenciones administrativas considerablemente extenso, que alcanza por cierto técnicas tan heterogéneas (aunque relacionadas) como la acción concertada o la construcción de obras públicas. Al definirse el fomento por exclusión (sin coacción ni servicios públicos) este concepto puede absorber incluso los encargos públicos.

Las técnicas de fomento suelen clasificarse en honoríficas, jurídicas y económicas: condecoraciones y diplomas serían ejemplos de técnicas de fomento honoríficas, basadas en el estímulo psicológico de los particulares premiados y distinguidos por su mérito; aunque estos reconocimientos suelen ir acompañados de alguna dotación económica, dada la creciente asociación entre valor e importe económico.

Entre las técnicas jurídicas se encuentra la concesión del beneficio de la expropiación a sujetos privados para que realicen obras o actividades de interés general; también la concesión de minas, como incentivo para favorecer las prospecciones para la búsqueda de yacimientos minerales.

Siendo relevantes las técnicas honoríficas y jurídicas, probablemente las más comunes y eficaces siguen siendo las económicas, entre las que se encuentran las exenciones y ventajas fiscales, los créditos oficiales, y las subvenciones. Los elementos de la subvención serían, de acuerdo con esta definición, los sujetos (una Administración pública subvencionante y un particular subvencionado), el objeto (atribución patrimonial) y la causa (la realización de una actividad de interés general). Estos tres elementos son característicos de todo negocio jurídico, o relación jurídica bilateral en este caso, que tiene su origen en la decisión administrativa de conceder una ayuda a un particular.

La planificación es una técnica de intervención pública económica que ha tenido un gran protagonismo a lo largo del siglo xx, Frente a la opción socializante de la planificación imperativa, los países europeos de nuestro entorno se decantaron por la consideración meramente orientadora o indicativa de la misma, en el

sentido de convencer a la iniciativa privada con las herramientas del incentivo, y no con la coacción.

Algunos sectores del Derecho administrativo, no obstante, están marcados por el protagonismo del plan, convertido en la más importante de las armas de la panoplia administrativa. Esto es lo que sucede cabalmente con el urbanismo y la ordenación del territorio, cuyas leyes reguladoras dedican títulos importantes a los instrumentos de planeamiento, ordenados de mayor a menor alcance: planes generales, planes parciales, planes especiales; planes de ámbito nacional, regional, subregional, local. Pero no se agota en el urbanismo y la ordenación del territorio el papel actual de los planes administrativos. La racionalización y fijación de estrategias de medio y largo plazo para el desarrollo de políticas concretas requiere en muchos sectores de la aprobación de planes.

Así sucede, por ejemplo, en materia de residuos, donde encontramos, con distintos nombres (estrategias regionales, diseño de políticas públicas), verdaderos planes de intervención ante uno de los principales problemas de las sociedades actuales. En general, muchas respuestas eficaces para la protección del entorno exigen volver a la planificación, como veremos seguramente en el futuro cuando se asuman hasta sus últimas consecuencias los desafíos planteados por el cambio climático.

BIBLIOGRAFÍA: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, "Sobre el concepto de fomento", *RAP,* núm. 54,1967. DIAZ LEMA, José Manuel, *Subvenciones y crédito oficial,* IEF, Madrid, 1985. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *La subvención: concepto y régimen jurídico,* IEF, Madrid, 1983. GARRIDO FALLA, Fernando, *Problemática jurídica de los planes de desarrollo,* Madrid, 1974. GOMÉZ BARAHONA, Alberto, *La planificación económica regional,* IEF, Madrid, 1991. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, "La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los medios de acción de la Administración Pública", en el *Libro Homenaje al Profesor José Luis Vi llar Palas',* Civitas, Madrid, 1989. VELARDE, Silvia, *Beneficios tributarios,* Marcial Pons, Madrid, 1997. VILLAR PALASÍ, José Luis, "Las técnicas administrativas de fomento y apoyo al precio político", *RAP,* núm. 14, 1954.

3. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE SERVICIO PÚBLICO

La actividad administrativa prestacional tiene antecedentes en el Antiguo Régimen: el servicio de correos, por ejemplo, creado por los monarcas absolutos. Sin embargo, en aquella época gran parte de las actividades asistenciales (educación, sanidad) eran realizadas por la Iglesia, compartiendo con el Estado y los municipios el protagonismo a la hora de ofrecer servicios esenciales a los ciudadanos.

Serán necesarias transformaciones políticas (el surgimiento de los Estados modernos y sociales; el advenimiento de las sociedades industriales) para que los aparatos administrativos asuman mayores responsabilidades prestacionales. En primer lugar, lo harán los ayuntamientos, mediante las municipalizaciones, y después el Estado, que se convertirá en garante de prestaciones (Forsthoff). La energía, los transportes y las telecomunicaciones serán servicios garantizados por su esencialidad para el progreso de la sociedad industrial y postindustrial en todos los países desarrollados de Europa (Alemania, Francia, Inglaterra, Italia).

La regulación jurídica de estas actividades se traducirá en diversos estatutos, distintos en función de las circunstancias de cada país: en Inglaterra aparecen las *public utilites;* en Alemania la *Daseinsvorsorge;* en Francia se formula la teoría del *Service public,* en la que se ha inspirado nuestra propia concepción del servicio público. A principios de siglo, la Escuela del servicio público (Duguit, Bonnard, Jeze) pondrá las bases para una nueva comprensión del Estado, que será recibida en España por autores como Posada o García Oviedo.

Las experiencias liberalizadoras y privatizadoras de la economía han dado lugar a una revisión del concepto de servicio público, teniendo en cuenta además los límites que el Derecho comunitario establece a las restricciones a la libre competencia, aunque se contemplan excepciones a la prohibición de ayudas públicas (en el sector de los transportes en base a las obligaciones de servicio público).

En la década de los noventa del siglo pasado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea precisó el significado y alcance de este concepto de servicios de interés económico general, dictando dos sentencias capitales para su entendimiento, en los casos *Corbeau* y *Almelo*. Sintetizando el contenido de estas dos sentencias puede afirmarse la diferencia entre lo que deben ser servicios universales y lo que deben ser servicios de valor añadido, así como la pervivencia de un cierto favorecimiento de los servicios de interés general.

En este nuevo escenario de apertura de los servicios públicos a la competencia, pasando de estar publificados a estar sólo regulados, el concepto de servicio universal ha preocupado especialmente a la doctrina, que lo ha definido como el conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a los operadores de actividades de interés general, para garantizar ciertas prestaciones básicas, de calidad y a precios asequibles. Con esta reinterpretación, se salva el concepto de servicio público, por considerarse imprescindible.

La frustrada Constitución europea (Tratado constitucional), y antes la Carta de los derechos (art. 36) contemplaba entre otros principios el del acceso a los servicios de interés económico general. La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comuni-

dad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión. En esta idea del acceso probablemente se sintetizan los más básicos principios del servicio público, así como su componente esencial de la solidaridad. Hoy, el Tratado de Lisboa reconoce estos valores, como puede leerse claramente en el Protocolo sobre los servicios de interés económico general que incorpora, enfatizando su importancia.

Los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo a los clásicos principios reguladores del servicio público son: igualdad, continuidad-regularidad y progreso (mutabilidad o adaptación). El principio de igualdad se dirige a garantizar el derecho de todos los ciudadanos a recibir el servicio (universalidad) en las mismas condiciones; la continuidad asegura que no se produzcan interrupciones prolongadas del servicio por huelgas u otros motivos, y que además la prestación sea regular, con una frecuencia constante. Por último, la cláusula de progreso o de mutabilidad obliga a una continua adaptación del servicio a los avances tecnológicos que pueden mejorar su calidad y eficacia.

Los servicios públicos pueden ser gestionados directamente por la propia Administración, bien a través de sus servicios burocráticos, o mediante la creación de una organización personificada *ad hoc,* bien en forma pública (organismo autónomo, entidad pública empresarial) o en forma privada (sociedad mercantil). Las modalidades de gestión indirecta, son el arrendamiento, la gestión interesada, el concierto y la concesión.

Los servicios públicos, como hemos visto al estudiar los servicios locales, pueden ser gestionados directa o indirectamente. En este último caso, la modalidad más frecuente de gestión es la concesión, un contrato administrativo típico por el cual la Administración encarga a un empresario privado la gestión de una actividad consistente en la prestación de un servicio público. La legislación especial regula las concesiones en cada uno de las actividades reservadas a la Administración, estableciendo particularidades para cada tipo. No es igual el régimen de las concesiones de líneas regulares de transportes de viajeros en autobús, por ejemplo, que el régimen de las concesiones de los canales privados de televisión (analógica), o las emisoras de radio, entre otras cosas porque la actividad a realizar es bien distinta en uno y otro caso, aunque ambas tengan en común su calificación como servicios públicos en nuestro ordenamiento y las consecuencias de la relación más intensa que se entabla entre el concesionario y la Administración que entre ésta y un licenciatario que realiza una actividad no reservada, sino libre y sólo sujeta a autorización.

En el momento de la liberalización y de la privatización sigue siendo necesario contemplar garantías de protección de los intereses de los usuarios, que tienen derecho a participar orgánica o procedimentalmente en la adopción de las decisio-

nes de regulación de los servicios. Así, puede dárseles una cuota en la designación de miembros de los entes de supervisión, o concederse trámites de audiencia a las organizaciones representativas de sus intereses en la elaboración de reglamentos o de actos administrativos de intervención. Esta participación implica sin duda algunos riesgos, pero también asegura la defensa de los usuarios, caso de no ser correctamente representados y defendidos por la Administración.

BIBLIOGRAFÍA: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Las tarifas de los servicios públicos,* IGO, Sevilla, 1976. GARCÍA OVIEDO, Carlos, *La teoría del servicio público,* Madrid, 1923. ESCRIBANO COLLADO, Pedro, "El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica", *RAP,* núm. 82, 1977. MARTIN REBOLLO, Luis, "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", *RAP,* núms. 100-102,1983. MARTIN REBOLLO, "Sociedad, Economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)È, *Libro Homenaje al Profesor Sebastián Martín Retortillo,* Madrid, 2003. MEILAN GIL, José Luis, *Progreso tecnológico y servicios públicos,* Civitas, Madrid, 2006. MIGUEZ MACHO, Luis *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios,* CEDECS, Barcelona, 1999. RIVERO YSERN, Enrique, "La protección de los usuarios de los servicios públicos", *RAP,* núm. 86, 1978. SALA ARQUER, José Manuel, *El principio de continuidad de los servicios públicos,* Madrid, 1977. VILLAR PALASÍ, José Luis, voz "Concesiones Administrativas", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix,* Barcelona, 1969.

4. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE REGULACIÓN

La intervención administrativa en la economía ha recurrido a técnicas diversas de policía, fomento y servicio público. A partir de finales del siglo XX, por inspiración estadounidense, se incorpora a esta panoplia la llamada "regulación", no entendida en su acepción de mera aprobación de normas, sino considerada como un conjunto de capacidades atribuidas a entes reguladores para mantener equilibrios en determinados sectores.

El impulso de las privatizaciones y las liberalizaciones incrementó notablemente el protagonismo de la regulación (un Estado, más regulador que gestor), multiplicando también el interés por este tipo de actividad, con análisis del modelo de referencia (los Estados Unidos), no del todo exportable en cada una de sus características. El éxito de esta forma de intervención ha sido sin embargo general. Los entes reguladores han proliferado con sus poderes normativos, de ordenación del sector e incluso potestades arbitrales, en línea con lo que a continuación estudiaremos.

BIBLIOGRAFÍA: BETANCOR, Andrés, *Regulación, mito y Derecho*, Cívitas, 2010. MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir), *Derecho de la regulación económica* (vol.I) Fun-

damentos, Iustel, 2010. TORNOS MÁS, Joaquín, "La actividad de regulación", en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2000.

5. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL

La división de poderes comporta la asignación de casi todas las funciones de resolución de conflictos a los jueces y tribunales, dedicándose la Administración a la ejecución de la Ley. En algunos ámbitos, sin embargo, la intervención administrativa de composición de conflictos puede ser pertinente, ora por la complejidad técnica de las controversias a dilucidar, ora por la rapidez y baratura de este tipo de soluciones, por contraposición a las de naturaleza jurisdiccional.

El derecho a la tutela judicial efectiva dificulta asignar naturaleza imperativa a estos arbitrajes, pues los particulares siempre han de poder reclamar a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses, pero a menudo prefieren una solución rápida y equitativa, como ocurre en el caso de la intervención de protección de consumidores, por ejemplo, evitando los costes inherentes a las acciones judiciales.

BIBLIOGRAFÍA: PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2009. RIVERO YSERN, Enrique, "El arbitraje de consumo en equidad", 2011.

6. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE INTERVENCIÓN DIRECTA MEDIANTE LA CREACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS

La creación de fábricas reales se anticipa varios siglos a la industrialización y la intervención directa del Estado produciendo bienes y ofreciendo servicios (Villar Palasí). A partir del siglo XX, la acumulación de población en los núcleos urbanos obliga a los municipios a crear empresas públicas, y las grandes guerras que devastan la economía en Europa y en España llaman también a los gobiernos a generar sus grandes grupos empresariales (Alemania, Francia, España, Italia).

En el Derecho europeo, se reconoce un principio de neutralidad respecto de la propiedad de los medios de producción, de forma que no existe un prejuicio contra la iniciativa pública, pero sí se impone la "paridad de trato", de forma que los gobiernos no puedan lesionar la competencia apoyando con ayudas públicas a sus empresas cuando participan en el mercado (distinto es el caso, que ya hemos visto, de los servicios de interés económico general).

BIBLIOGRAFÍA: RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico,* 8 Edición, Marcial Pons, 2018. VILLAR PALASÍ, José Luis, La intervención administrativa en la industria, Instituto de Estudios Políticos, 1951.

Tema XIX

LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

SUMARIO: 1. Fundamento de la potestad sancionadora y diferencias con el Derecho penal. 2. Reserva de Ley y colaboración reglamentaria en la potestad sancionadora. 3. Legalidad y tipicidad de las infracciones administrativas. 4. Responsabilidad por comisión de infracciones. 5. Presunción de inocencia. 6. Irretroactividad. 7. Concurrencia de sanciones y *non bis in ídem*. 8. Principio de proporcionalidad. 9. Principios del procedimiento sancionador. 10. Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador.

1. FUNDAMENTO DE LA POTESTAD SANCIONADORA Y DIFERENCIAS CON EL DERECHO PENAL

La existencia de un Derecho administrativo sancionador obedece a varios motivos de orden práctico, vinculados principalmente al cumplimiento de las normas. Para lograr la efectividad de los mandatos jurídicos, es preciso vigilar y prevenir las contravenciones, pero también reaccionar cuando se producen, de forma que no resulten impunes. Y esto no puede ni debe hacerse sólo con el *Ius puniendi* penal.

Se han formulado múltiples tesis sobre el deslinde entre Derecho administrativo sancionador y Derecho penal, aunque el legislador no parece atender a estas razones. A menudo, el positivismo los utiliza como si fueran intercambiables, pero lo cierto es que el mayor valor simbólico y la gravedad de las penas de privación de libertad aconsejan reservar el Derecho penal para los comportamientos más dañinos.

El Derecho administrativo sancionador, en cambio, parece más apropiado para limitar y corregir aquellas conductas que, sin lesionar inmediatamente bienes jurídicos, generan riesgos o costes sociales censurables. Acciones o pasividades que no merecen el castigo de la cárcel, pero sí un desincentivo económico o alguna restricción, castigos proporcionados a la vulneración del Ordenamiento producido.

Los principios del Derecho penal se atenúan y matizan en sus proyecciones sobre el Derecho administrativo sancionador, que ha adquirido sustancia propia, conforme a sus propias claves, adaptando tanto la reserva de ley como el *non bis in idem*. La presunción de inocencia, la culpabilidad o la prescripción se interpretan de forma distinta en uno u otro ámbito porque no son lo mismo.

Es común a muchos ordenamientos el reconocimiento constitucional de este poder de la Administración, para rodearlo de las necesarias garantías, desde su aceptación normalizada en el Estado de Derecho. La protección de la sociedad requiere una Administración capacitada para dotar de verosimilitud al Ordenamiento, pues incumplir las normas debe producir consecuencias.

BIBLIOGRAFÍA: NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo sancionado*r, Tecnos, Madrid, 2012. NIETO GARCÍA, Alejandro, "Régimen sancionador de las Administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivizador de Derecho administrativo sancionador", *Cuadernos de Derecho local*, 2007. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *Revista de Administración Pública*, 1972. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "La autotutela: Los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios del Derecho penal", *Revista de Administración pública*, 1991. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho pen*al, Cívitas, Madrid, 2001.

2. RESERVA DE LEY Y COLABORACIÓN REGLAMENTARIA EN LA POTESTAD SANCIONADORA

N*ullum crimen, nula pena sine lege*. Así formularon los modernos la exigencia de una Ley formal, decisión aprobada por los representantes de la voluntad popular, permitiéndose sólo la restricción de la libertad por este medio. No cabe la asignación de la potestad sancionadora por norma meramente reglamentaria, pues de aceptarse esto el Ejecutivo devendría titular de un poder excesivo para cohibir el comportamiento de los particulares.

Ahora bien, en el momento en que una Ley reconoce la potestad sancionadora a una Administración o un poder administrativo (incluyendo autoridades reguladoras y entidades de protección de derechos) ésta puede ser ejercida en los términos establecidos por los preceptos de sus normas reguladoras. La reserva de Ley es una exigencia formal, no un condicionante definitivo de los límites sustantivos de la potestad.

Se proscribe la mera intervención del Ejecutivo para proteger la libertad de las personas. Por norma reglamentaria no cabe introducir nuevas infracciones, pues de permitirse se dejaría en manos de los gobiernos decidir sobre el espacio de los particulares, lo que está reservado a sus representantes en el legislativo, aunque algunos ordenamientos, como el español, han relativizado este principio para dar entrada a las ordenanzas municipales.

Porque la reserva de Ley, en la definición de las conductas, no obsta una posible colaboración reglamentaria, toda vez que el legislador no puede ni debe re-

gularlo absolutamente todo. Si bien el papel de los reglamentos debería limitarse en general a la especificación o graduación de las infracciones y sanciones, para identificar mejor las conductas y reducir también cualquier discrecionalidad o margen de interpretación en su aplicación.

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde exclusivamente a los órganos que la tengan expresamente atribuida. Esto quiere decir que no puede inferirse con carácter genérico para todas las unidades o servicios de un aparato administrativo organizado. Por su alcance y gravedad, conviene residenciarla en los niveles superiores, al menos en sus últimas resoluciones, pues la instrucción de los procedimientos puede ser atribuida a otros órganos inferiores.

BIBLIOGRAFÍA JIMÉNEZ LECHUGA, Francisco Javier, "Derecho administrativo sancionador. El principio de legalidad y la reserva de Ley frente a la potestad sancionadora de la Administración", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm.6, 1997. REBOLLO PUIG, Manuel, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAP, Madrid, 1989.

3. LEGALIDAD Y TIPICIDAD DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

Conforme al principio de reserva de Ley, sólo serán infracciones administrativas los hechos o conductas así previstos por la ley, que ha de incluir las sanciones administrativas correspondientes. Las prohibiciones cuya vulneración puede producir sanciones sólo pueden ser marcadas por el legislador, que ha de realizar además un esfuerzo de concreción al definir lo prohibido y sancionable.

Característico del principio de tipicidad, aunque no del todo explicado en el precepto, es un mandato de descripción precisa de los hechos y las conductas, con proscripción del recurso a fórmulas vagas, generales, difusas o indeterminadas. Si los particulares no supieran a ciencia cierta por qué les puede sancionar la Administración, nadie actuaría de forma libre en un Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA: MONTERO PUERTO, *La infracción administrativa*, Barcelona, 1965.

4. RESPONSABILIDAD POR COMISIÓN DE INFRACCIONES

La responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas corresponde por regla general a sus autores, ya sean personas físicas o jurídicas –que habrán de determinarse por supuesto tras la tramitación del oportuno procedimiento– .

La responsabilidad concurrente por infracciones administrativas sigue reglas similares a la responsabilidad concurrente de las administraciones públicas. Se suele definir con carácter solidario, lo que supone que puede imponerse la sanción a cualquiera de los infractores, o a todos a la vez también por supuesto. Y este mismo régimen es aplicable con más razón a la exigencia de la reparación patrimonial o de hecho del perjuicio causado.

Distinto es el supuesto de la posición de garante, esto es, obligaciones legales de prevención de algunas infracciones, caso para el que se contempla tanto la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, según los casos, que habrá de modular para evitar excesos por las consecuencias negativas del incumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA: PALMA DEL TESO, Ángeles, *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador,* Tecnos, 1996. REBOLLO PUIG, Manuel, "Responsabilidad de los autores de las infracciones y los partícipes", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014. RIVERO ORTEGA, Ricardo, La nueva Ley de seguridad ciudadana: ¿Estado de prevención o Derecho administrativo del enemigo?", *Ars Iuris Salmanticencis*, 2015.

5. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En el Derecho administrativo sancionador rige teóricamente la presunción de inocencia, aunque las normas emplean con frecuencia el sintagma "presunto responsable", evocador de una posición peculiar del interesado en este procedimiento, resultante de su particular régimen probatorio y la concurrencia recurrente de pruebas preconstituidas en el mismo.

Aunque la carga de la prueba se atribuye a la Administración, tantas veces resulta de los procedimientos anteriores, en particular de aquellos que canalizan las potestades administrativas y de vigilancia. Tantas veces el esfuerzo probatorio precede al procedimiento sancionador, que permite atribuir la condición de presunción *iuris tantum* a los hechos constatados por funcionarios que tengan reconocida la condición de autoridad, siempre y cuando observen todas las formalidades en su constatación en documentos públicos.

El carácter probatorio de estas documentales no obsta su contradicción por otras pruebas propuestas por el presunto responsable, cuyo derecho a proponer su práctica se ha de reforzar en los procedimientos de naturaleza sancionadora. Así se realiza efectivamente el derecho de defensa.

La Administración está finalmente vinculada por la determinación de hechos realizada previamente por los tribunales de justicia en el orden penal y por sentencia firme.

BIBLIOGRAFÍA: CANO CAMPOS, Tomás, "Presunción de veracidad y presunción de inocencia en el Derecho administrativo sancionador", *Derechos fundamentales y otros estudios,* 2008. CUADRADO ZULOAGA, Daniel, "Presunción de inocencia en el Derecho administrativo sancionador", *Actualidad Administrativa*, núm.19, 2008.

6. IRRETROACTIVIDAD

El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables, así como el inverso de la retroactividad de las beneficiosas para los infractores. Sólo podrán exigirse responsabilidades administrativas por la realización de conductas tipificadas en su momento.

A juicio de algún autor, la retroactividad favorable puede darse en el Derecho administrativo sancionador, como en el Derecho penal. Esta interpretación en clave garantista podría afectar negativamente la protección de intereses públicos, luego cabe requerir precisión por parte del legislador a la hora de señalar los regímenes transitorios en los procedimientos de naturaleza sancionadora pendientes de resolución.

Más compleja aún es la posibilidad de proyectar la retroactividad favorable para los casos en los cuales la sanción administrativa, ya firme, ha sido ejecutada (entonces no cabe cabalmente retroactividad alguna, como no se aplica tampoco en el Derecho penal), o está aún ejecutándose, como el supuesto de medidas de inhabilitación o retirada de permisos prolongados en el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA: BACA ONETO, Víctor, "La retroactividad favorable en Derecho administrativo sancionador", *Themis. Revista de Derecho*, núm.69, 2016. *Revista de Derecho*, MENENDEZ SEBASTIÁN, Eva, "Lo principios de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas: legalidad e irretroactividad", *Documentación administrativa*, núm. 280-281, 2008.

7. CONCURRENCIA DE SANCIONES Y NON *BIS IN ÍDEM*

La prohibición de duplicidad de infracciones penales o administrativas es un clásico principio del Derecho sancionador, susceptible de ser relativizado cuando las razones de ser de la tipificación penal y la administrativa no coinciden. En el régimen de este precepto se admite esa relajación del principio al exigir tres identidades (sujeto, hecho y fundamento) para aplicarlo hasta sus últimas consecuencias.

Los tribunales constitucionales y el europeo de derechos humanos no han proscrito nunca bruscamente la compatibilidad de las sanciones, sino la inequi-

dad del doble castigo. En aquellos casos en los cuales la intervención simultánea o sucesiva del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador no parece desproporcionada, se admite.

Son muchos los comportamientos que proscriben tanto el Código Penal como las leyes administrativas, algunos de los cuales requieren, por su propia naturaleza, medidas dobles de respuesta. Para la protección del medio ambiente, por ejemplo, o sumando garantías penales a las exigencias de buena administración.

Piénsese, por ejemplo, en las medidas de prevención de la corrupción, panoplia normativa penal y administrativa que incluye castigos a particulares y empresas que acepten sobornos. Una compañía condenada por estas prácticas, puede ser a su vez sancionadora o incluso inhabilitada para no recibir contratos públicos.

Debe destacarse asimismo la plena compatibilidad de la imposición de sanciones con la exigencia de responsabilidades patrimoniales por los daños producidos por la conducta infractora. El importe de las sanciones administrativas no se destina a la reparación patrimonial, luego las indemnizaciones pertinentes pueden ser requeridas tanto por los particulares como por la propia Administración, que puede exigir también la reposición de la situación alterada a su estado originario.

BIBLIOGRAFÍA: ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, "El "non bis in ídem" como principio general del Derecho administrativo", en *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, 2010. CUBERO MARCOS, José Ignacio, "Las aporías del principio Non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, núm.207, 2018. GALLARDO CASTILLO, María Jesús, "El principio non bis in ídem: ¿realidad o ficción?", Foro Gallego: Revisa Xurídica, 2017.

8. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El origen y primera razón de ser del principio de proporcionalidad radica en la búsqueda de comedimiento en las acciones del poder. La adecuación de medios y fines, con prohibición de exceso en el ejercicio de las potestades. El carácter incisivo de la sancionadora la hace particularmente susceptible al control vía este "mandato de optimización".

La dogmática, seguida por la jurisprudencia europea, ha desglosado la proporcionalidad en tres subprincipios acumulados: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada intervención del poder público, incluyendo las sancionadoras, ha de ser idónea, necesaria y proporcionada en el sentido de lo más comedida posible. Los dos primeros mandatos hacen referencia a las posibilidades fácticas, mientras el tercero alcanza a las jurídicas, según Alexy.

Así como se enfatiza este aspecto limitador de las sanciones administrativas, también deben las normas y su aplicación evitar situaciones en las que sea beneficioso el incumplimiento. Así, cabe sostener una proporcionalidad contra las intervenciones insuficientes, de manera que la Administración se cercione de que la sanción impuesta desincentiva comportamientos similares en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA: ALEXY, Robert, "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho constitucional,* núm.91, 2011, BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002. CARLÓN, Matilde, "El principio de proporcionalidad", en *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, 2010. SARMIENTO, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2004.

9. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Muchas de las garantías del procedimiento administrativo sancionador se expresan como principios, formulados en términos extraordinariamente considerados con los derechos de los presuntos responsables.

Así sucede con la separación entre la fase instructora y la de resolución, que se ordena asignar a funcionarios distintos, o incluso de distintos entes públicos. Circunstancia infrecuente y compleja por la lógica de las relaciones interorgánicas, pero elocuente como manifestación de la preocupación del legislador orgánico por extremar la objetividad en el ejercicio de esta potestad.

Los clásicos derechos defensivos del orden penal, a ser notificado de la acusación (los hechos imputados, infracciones que podrían constituir), las posibles sanciones, identidad de los instructores y autoridad competente para sancionar, además de la norma jurídica que le atribuya competencias, se extienden al ámbito sancionador. No cabe al aplicar la potestad sancionadora un régimen carente de posibilidades de reacción, al menos en un Estado de Derecho.

A los anteriores, se suma el derecho a formular alegaciones y utilizar otros mecanismos (como la propuesta de práctica de pruebas), que deberán ser tenidos en cuenta antes de resolver. Todo ello desde su obvia consideración como parte interesada en el procedimiento, protagonista al fin del verdadero principio de contradicción.

En el procedimiento sancionador caben también posibles medidas provisionales para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera dictarse, previsión un tanto excéntrica pues no suele emplearse en términos garantistas de la posición del presunto responsable, sino en aras de la protección del interés general.

La resolución del procedimiento sancionador debe respetar y cumplir las exigencias propias de cualquier otra resolución finalizadora, con mayor escrúpulo si cabe por su naturaleza punitiva. Debe ser motivada, pues restringe derechos e intereses. Ha de contestar cada una de las alegaciones formuladas por el presunto responsable, y contestar también con pruebas más convincentes las propuestas para su defensa por el considerado infractor. No puede incorporar hechos nuevos que no se pudieran discutir en el curso del procedimiento administrativo.

Su ejecutividad, se asocia a la finalización de la vía administrativa, aunque incluso en este caso puede suspenderse mediante la concesión de medida provisional si la autoridad competente, tras valorar los intereses en conflicto, considere verosímil y prudente dejarla en suspenso hasta el pronunciamiento de los tribunales de justicia.

BIBLIOGRAFÍA: AGUADO I CUDOLA, Vicenc, "La prueba en el procedimiento administrativo sancionador", *Justicia Administrativa*, 2001. CASINO RUBIO, Miguel, "Las garantías constitucionales del procedimiento administrativo sancionador", en *La potestad sancionadora de la Agencia de Protección de Datos*, 2008. GALLARDO CASTILLO, Mª Jesús, LÓPEZ MENUDO, Francisco, "Principios del procedimiento sancionador", *Documentación Administrativa*, 2008. PONS CANOVAS, Ferran, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Marcial Pons, 2001. TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, "El procedimiento administrativo sancionador", *Justicia Administrativa*, 2001.

10. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Los plazos de prescripción son muy importantes en el Derecho sancionador, por razones de seguridad jurídica y de determinación de los límites de las responsabilidades. Por ello, no caben en principio infracciones ni sanciones imprescriptibles, todas ellas prescriben conforme a lo establecido en las leyes, y en el caso de ausencia de regulación específica, en plazos supletorios diferenciados para las muy graves, las graves y las leves.

En todo cómputo temporal son importantes el *dies a quo* y el *dies ad quem*, día a partir del cual se comienza a contar y término o fecha de finalización del cómputo del plazo. El inicio de la cuenta se marca al día siguiente de la comisión de la infracción, pudiendo interrumpirse por el inicio del procedimiento sancionador, reanudándose si se mantiene paralizado durante más de un mes por la pasividad de la Administración, regla que anima el diligente uso de las potestades administrativas.

La prescripción de la sanción se inicia al día siguiente al que adquiera firmeza la resolución sancionadora, esto es, tras el agotamiento de las vías administrativas o recursos correspondientes, en su caso, o al menos la finalización del plazo para recurrir. Interrumpe el plazo el inicio del procedimiento de ejecución, reanudándose si éste se ve interrumpido por la resistencia del infractor.

BIBLIOGRAFÍA: AGUADO I CUDOLA, Vicenc,"La prescripción en el Derecho administrativo sancionador: límite temporal al ejercicio de la potestad y la forma de extinción de la responsabilidad administrativa sancionadora", *Revista Jurídica de Cataluña*, 93, 1994. LOZANO CUTANDA, Blanca, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, 1990.

Tema XX

LOS CONTRATOS PÚBLICOS

SUMARIO: 1. ¿Por qué existe un régimen especial de los contratos públicos? 2. Contratos administrativos y contratos privados de la administración. 3. Ámbito de aplicación subjetivo de la normativa de contratos públicos. 4. Ámbito de aplicación objetivo de los contratos públicos. 5. Principios de la contratación pública. 6. La selección de contratistas y el control de las adjudicaciones. 7. La ejecución, resolución e invalidez de los contratos administrativos. 8. Las prerrogativas contractuales. 9. Los recursos especiales en materia de contratación. 10. El nuevo enfoque de la contratación pública estratégica.

1. ¿POR QUÉ EXISTE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS?

Las razones de la regulación de los contratos administrativos son similares, incluso coincidentes, en ordenamientos distantes y poco comunicados entre sí. En primer lugar, la búsqueda de mayor eficiencia en la gestión de los recursos públicos, a fin de abaratar precios para la ejecución de encargos costosos por su envergadura. En segundo lugar, la prevención del conflicto de intereses, pues la contratación administrativa es fuentes de incentivos perniciosos (corrupción).

Al tiempo, el Derecho administrativo en sus distintas versiones ha ido desarrollando técnicas que sitúan al poder público en una posición de ventaja respecto de los particulares con quienes contrata. Aun cuando se pretenda presentar en términos de igualdad, cuando aparecen conflictos en la ejecución o interpretación de los contratos, resurgen la potestad y el interés general, con sus razones para imponer el criterio del contratante sobre el de los contratistas.

Tanto en los ordenamientos con tradiciones de *common law* (Inglaterra, Estados Unidos) como en los marcados por el *regime administratif*, existen peculiaridades de estos contratos, en sus diversas denominaciones: *public procurement*, *marches publiques, appalti*, contratos administrativos. Hoy, muchas de estas regulaciones se van aproximando, por mor de las normas internacionales y europeas que tienen por objeto tales decisiones de *adjudication*, de trascendentales repercusiones económicas

BIBLIOGRAFÍA: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm.72, 2007. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La figura del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm.41, 1963. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho españo*l, Sevilla, 1963. 2013. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "¿Es necesaria

una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?", *Revista Española de Derecho administrativo*, 2003. VILLAR PALASÍ, José Luis, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Universidad de Madrid, 1969.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Ya vimos en el primer capítulo de este Manual que la Administración utiliza el Derecho privado con fines instrumentales. Los contratos privados y las formas de personificación (sociedades mercantiles y fundaciones) son las instituciones de empleo más frecuente. Este recurso instrumental se matiza por la aplicación de los principios del Derecho público, pues los órganos administrativos no disfrutan de la libre autonomía de la voluntad.

La gestión de los bienes administrativos se suele realizar mediante las figuras de la compra venta y el arrendamiento. Las normas del patrimonio de las administraciones públicas remiten al Código Civil, fuente de referencia para regular las relaciones con los sujetos que adquieren, arriendan u ocupan inmuebles no sujetos al régimen del dominio público.

La teoría de los actos separables comporta la sujeción de la fase previa de selección de la contraparte con criterios de Derecho público. Así se respetan los principios de publicidad y concurrencia, por razones de buena administración, obteniendo el beneficio económico más alto para los presupuestos.

BIBLIOGRAFÍA: DE SOLAS RAFECAS, José María, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*", Tecnos, Madrid, 1990. GAMERO CASADO, Eduardo, "Régimen de los actos separables de los contratos privados del sector público; especial referencia a las entidades instrumentales con personalidad de derecho privado", *Revista de Estudios Locales*, núm.205, 2017.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS

El afán de elusión de la normativa de contratos públicos propició desde los años noventa múltiples reestructuraciones organizativas, consistentes en la creación de organismos sujetos a Derecho privado, en distintas formas (tanto entidades públicas como sociedades mercantiles). Con tales medios se ejecutaron ambiciosos proyectos, como los juegos olímpicos de Barcelona en 1992, o la Ex-

posición Universal de Sevilla, el mismo año. Tendencias similares se han observado en otros países (desde Alemania hasta Brasil).

Los excesos y descontroles derivados de la inaplicación del Derecho administrativo y sus garantías se multiplicaron en otros niveles, como el local, con la experiencia extrema del Ayuntamiento de Marbella, convertido en una especie de *Holding* de sociedades anónimas. Finalmente, el Tribunal de Justicia Europeo condenó a España en reiteradas ocasiones y sentó el concepto de "poder adjudicador", independiente de las formas jurídicas y las referencias al Derecho privado. Los jueces terminan levantando el velo de la persona jurídica, para sujetar al poder público a las leyes.

Bien es cierto que no todos los organismos públicos o en forma privada (fundaciones, mercantiles) están igualmente sujeto a la normativa de contratos administrativos. Algunos sólo han de cumplirla en su fase de preparación y adjudicación del contrato, o en la medida que gestionen contratos especialmente sujetos al Derecho europeo, normalizados por las directivas por su objeto y cuantía. También por supuesto en los contratos vinculados a las normas internacionales, pues la Organización Mundial de Comercio ha promovido acuerdos en esta materia.

Todas las entidades del sector público, en cualquier caso, están sujetas en un grado u otro a las previsiones de este sector del Ordenamiento, no pudiendo ninguna de ellas invocar el Derecho privado, sin más y absolutamente. Ya sea por la vía de los principios de la contratación, de las normas sobre publicidad y concurrencia en la selección de contratistas, o por supuesto por las exigencias de control del Tribunal de Cuentas y otros mecanismos de protección del dinero público, se encuentran parcial o totalmente incluidas en el ámbito de aplicación subjetivo de estas normas.

La proyección de las mismas es máxima sobre las entidades consideradas inequívocamente Administraciones públicas, esto es, las de base territorial y aquellos organismos autónomos con funciones típicamente administrativas. Se modula mínimamente para las entidades en forma pública sujetas a un régimen especial, por mor de las tareas que realizan, que pueden tener un carácter industrial o comercial, o incluso desarrollarse en contextos de mercado.

Mucho menos exigente ha sido, hasta fechas recientes, la normativa con los entes en forma privada o más sujetos a Derecho privado, a los que se les permitía disponer de instrucciones propias para realizar los principios de buena administración, cumplir mínimamente con los deberes de publicidad y concurrencia, y respetar las exigencias de control. Por último, también algunas empresas puramente privadas, ni siquiera participadas por la Administración, han de respetar previsiones de la normativa contractual, en los términos referidos por las directivas europeas.

BIBLIOGRAFÍA: GIMENO FELIU, José María, "El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras", *Revista de Administración Pública,* 176, 2008. MELLADO RUIZ, Lorenzo, "Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: análisis general a la luz de la reciente Jurisprudencia comunitaria", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 74, 2009. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Administraciones públicas y Derecho privado*, Madrid, 1998.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Toda normativa de contratos públicos relaciona categorías de negocios jurídicos incluidos y excluidos de su ámbito, bien por su naturaleza (aquellos que no guardan conexión apenas con éstos, como la relación de empleo, o los tratados internacionales) o por determinadas características que aconsejan darles un régimen perfectamente diferenciado (así, por ejemplo, algunos vinculados a operaciones militares).

Los típicos contratos administrativos se definen por su objeto, encargos mediante los que la Administración requiere de una empresa un bien o servicio: construcción de obras, prestación de servicios, fabricación o entrega de suministros. Todos ellos tienen en común la posición compradora del poder público, así como su vinculación con la satisfacción de necesidades de interés general que explican su causa y justifican también como hemos visto las peculiaridades de régimen jurídico.

A los clásicos encargos públicos se han venido sumando nuevas modalidades contractuales, como el contrato de colaboración pública-privada, incorporado a la mayoría de los ordenamientos comparados por mor de recomendaciones internacionales, en interés de inversores extranjeros familiarizados con estas técnicas, favorables a sus intereses en cuanto al reparto de riesgos.

Como acabamos de ver, parcialmente fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contratos administrativos se encuentran los contratos privados de la Administración, sujetos en la fase separable de la preparación, selección y adjudicación, pero remitidos al Derecho civil y los tribunales civiles en sus aspectos de ejecución, efectos y extinción. Muchos de estos contratos están asociados a la gestión de los bienes administrativos (compra venta, alquiler), por lo que deben mantenerse las cautelas de la buena administración de los recursos públicos.

Otros contratos, en cambio, están por su naturaleza totalmente excluidos del ámbito objetivo, lo que no quiere decir que no deban respetarse en su gestión al-

gunos de los principios característicos de la contratación pública, que lo son a su vez del completo actuar administrativo, como a continuación veremos.

Finalmente, puede hacerse referencia a la contratación menor, pues cuando la Administración adquiere bienes o servicios por cantidades no muy altas, las exigencias procedimentales se simplifican notablemente, agilizándose los procedimientos para facilitar la gestión. Para evitar desviaciones en su administración, se están generalizando las exigencias de objetividad y buena administración también en estas adjudicaciones, aproximándolas a los contratos de mayor cuantía, aunque manteniendo un criterio de celeridad.

BIBLIOGRAFÍA: GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, "Contrato de colaboración público privada", *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2016. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Los contratos de colaboración público privada", en *Temas actuales de Derecho público*, 2016.

5. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Entre los principios inspiradores de la regulación contractual, tal vez el más clásico sea el de riesgo y ventura, asociado a la posibilidad de "maldición del ganador", si se equivoca en el cálculo de las posibilidades de beneficio asociadas en su oferta económica. Buena parte de las regulaciones de los contratos públicos se explican en virtud de este principio, así por ejemplo las limitaciones a la revisión de precios.

Como todos los principios, sin embargo, también el riesgo y ventura se sujeta a excepciones y especialidades. Así, por ejemplo, el *Factum principis*, o hecho del príncipe, decisión del poder público que incide sobre el equilibrio económico obligando a compensarlo. O el riesgo imprevisible, en su versión extrema de fuerza mayor, que altera de forma imposible de programar las circunstancias de la ejecución.

El énfasis más reciente entre los principios de la contratación, sin embargo, se proyecta sobre los clásicos principios de publicidad y concurrencia, hoy recreados como principios de integridad y transparencia en el afán de prevenir la corrupción, problema por excelencia en la gestión del presupuesto y en estas decisiones, como ya hemos advertido.

BIBLIOGRAFÍA: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *El equivalente económico en la contratación pública*, IEA, Madrid, 1968. BERNAL BLAY, Miguel Ángel, "El principio de objetividad en la contratación pública", *Documentación Administrativa*, núm.289, 2011. CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí, *El principio de integridad en la contratación pública*, 2014. GIMENO FELIU, José María, en MORENO MOLINA, José Antonio, "La

importancia de los principios generales de la contratación pública en la LCSP", en *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, 2009. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, "Los principios del Derecho global de la contratación pública", *Revista Jurídica de Canarias*, 66, 2011.

6. LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS Y EL CONTROL DE LAS ADJUDICACIONES

Toda decisión de *adjudication* supone un reparto de potenciales beneficios económicos, especialmente considerables cuando hablamos de contratos públicos, toda vez que por esta vía se gestiona un volumen altísimo del presupuesto. Por ello es muy conveniente analizar las regulaciones de los procedimientos contractuales con el criterio *Cui prodest*, valorando a quién beneficia su diseño, que a menudo manifiesta sesgos (a favor de las grandes empresas, o de los contratistas de confianza).

Son precisas normas muy bien pensadas para reconducir estas decisiones, evitando los riesgos de corrupción y de colusión a las que se exponen, acrecentados por un carácter estático de los procedimientos que dificulta la reconsideración en tiempo real de las decisiones y condiciona desde el primer momento al órgano de contratación, al obligarle las normas a señalar su "precio de reserva" en la determinación de la consignación presupuestaria al efecto.

Los procedimientos abiertos, restringidos y negociados, con o sin publicidad, son los mecanismos más frecuentes de selección, diferenciados por el número de competidores invitados a participar en la licitación. Cualquiera que cumpla los requisitos de capacidad y solvencia, en el primer caso; aquellos especialmente cualificados por su especialidad o dimensiones, en el segundo; y finalmente los que la Administración consideres más aptos, en el tercero.

El diálogo técnico y la negociación competitiva son procedimientos relativamente novedosos que explotan las posibilidades del intercambio de información con competidores diversos, reduciendo las asimetrías informativas y los riesgos de colusión que sitúan a la Administración en una posición más vulnerable. Lamentablemente, se utilizan en pocas ocasiones y con un carácter excepcional, por las reservas que el intercambio de información sigue suscitando en las dos partes, tanto en los funcionarios como en los empresarios.

Las subastas electrónicas permiten aprovechar las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías en la mejora de la gestión pública, multiplicando también la competencia real por la ubicuidad de los licitadores y su carácter adversativo en tiempo real. Además, toda la contratación pública electrónica ofrece ventajas

apreciables de monitorización, control y volcado en bases de datos de la información para mejora la inteligencia contractual administrativa, con fines estratégicos.

Otras modalidades de gestión de las adjudicaciones son los acuerdos marco y las centrales de contratación. Ambas aspiran a beneficiarse de las economías de escala asociadas a las grandes compras o adquisiciones en masa, que permitirían en teoría negociar precios más económicos con proveedores regulares a los que se garantizaría una cadencia de encargos que permite rebajar costes.

Los contratos menores han sido objeto tradicionalmente de una regulación de mínimos, sin apenas exigencias formales en cuanto a la selección de los contratistas, por razones operativas, lo que puede haber favorecido abusos, incentivando al tiempo fraccionamientos de los objetos para alcanzar las cifras de referencia para la adjudicación directa. Por ello, ya hemos indicado que se van generalizando buenas prácticas alternativas en su gestión.

Por supuesto, son necesarios mecanismos de control y vías de recurso para garantizar el cumplimiento de las normas favorecedoras de la objetividad en la selección de contratistas. La revisión de estas decisiones por parte de los tribunales, pero también la alternativa de mecanismos administrativos, como el recurso especial regulado en la legislación española que traspone la normativa europea, y el control de los tribunales de cuentas.

BIBLIOGRAFÍA: BOQUERA OLIVER, José María, *La selección de contratistas*, 1963. CADEMARTORI GAMBOA, David, *Buena administración y selección de contratistas: análisis de mecanismos jurídicos e informativos para alcanzar la eficiencia en las licitaciones públicas*, Universidad de Salamanca, 2010. GARCÍA, Antonio, "*Las conexiones entre contratación pública e innovación*", Tecnos, 2018". MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén, *La contratación pública electrónica*, Tirant Lo Blanch, 2015. MORENO MOLINA, José Antonio, "Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de contratos", *Noticias de la Unión Europea*, 198, 2001. VICENTE IGLESIAS, José Luis, "El nuevo régimen de los contratos menores en la Ley de Contratos del Sector Público y la creciente influencia de las nuevas tecnologías", *Diario La Ley*, 2008.

7. LA EJECUCIÓN, RESOLUCIÓN E INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El Derecho de los contratos públicos no sólo se ocupa de regular las adjudicaciones, para lograr mejores resultados y prevenir el conflicto de intereses. También ha de servir para lograr que las partes –Administración y contratistas– cumplan en tiempo y forma sus respectivas obligaciones, tanto para proteger el interés

general –razón primera del Derecho administrativo– como para garantizar los derechos de las empresas ejecutoras.

Las normas han de prevenir por ello los supuestos de mora o morosidad administrativa, retrasos o incumplimientos temporales en el pago de los precios o contraprestaciones económicas, perjudicando gravemente la posición financiera del contratista. Los ordenamientos deben adoptar medidas efectivas contra esta patología, pues de hacerse crónica produce consecuencias negativas de todo orden, incluyendo el incremento del coste de ejecución de los encargos públicos.

La revisión de precios es otro de los mecanismos tendentes a restablecer el equilibro económico en la contratación, modulando y corrigiendo la idea de riesgo y ventura en la ejecución de los contratos. Cuando su ejecución se dilata a lo largo de años, es frecuente que un cambio en los costos de determinados factores relevantes (mano de obra, energía, materias primas) pueda repercutir sobre la rentabilidad del negocio o incluso su propia viabilidad. Para corregir esta situación, se han de contemplar en las normas o en los pliegos fórmulas polinómicas que doten de objetividad al precio.

Entre las formas de extinción de los contratos públicos, cabe diferenciar las normales y las anormales o patológicas (básicamente los incumplimientos). Entre ellas, el mutuo acuerdo podría considerarse un modo de terminación normal de los contratos públicos, aunque algunos ordenamientos comparados muestran reticencias a hacerlo para evitar que encubra incumplimientos.

La invalidez de los contratos públicos puede resultar de la concurrencia de vicios de Derecho administrativo o de Derecho civil, más comunes los primeros que los segundos, por la naturaleza peculiar de estos negocios jurídicos. Las ilegalidades de Derecho administrativo pueden dar lugar a la nulidad o la anulabilidad, en términos idénticos a los proyectados sobre los actos, como igual pueden producirse meras irregularidades no invalidantes, aunque la normativa contractual suele ser más estricta.

Entre los motivos de nulidad, amén de los generales de los actos administrativos previstos en otras normas, suelen reforzarse determinadas prohibiciones (como la que proscribe la contratación verbal), previendo tal sanción en el caso de su incumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA: BACA, Víctor, *La invalidez de los contratos públicos*, Cívitas, Madrid, 2006. BARRERO RODRÍGUEZ, Mª Concepción, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, 2007. DE VICENTE, Ricardo, "Los incumplimientos recíprocos en el contrato administrativo como causa de su resolución y de la indemnización de daños y perjuicios", *Revista General de Derecho administrativo*, núm.18, 2008. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Acerca de la extinción de los contratos públicos", *Revista Andaluza de Administración Pública*,

núm. 30, 1997. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "El precio de los contratos públicos", en *La contratación pública*, Buenos Aires, 2006.

8. LAS PRERROGATIVAS CONTRACTUALES

Las prerrogativas de la Administración son la nota distintiva de los contratos administrativos, su elemento diferencial respecto de los privados, ya estén previstas en las leyes, ya incorporadas en los pliegos o en instrucciones internas sobre el clausulado contractual. En una forma u otra, se hallan en la mayoría de los ordenamientos comparados, reflejando la necesidad de someter a un régimen especial los encargos necesarios para la realización del interés general.

Estas potestades o prerrogativas son tres: el poder de modificación (con ciertos límites cuantitativos), el poder de interpretación y el poder de resolución unilateral. Cuando la Administración los ejerce, el contratista tiene el deber de soportarlos, como en el caso de cualquier otra potestad, siempre y cuando se respete la legalidad en su aplicación.

El llamado *ius variandi* es el poder de modificación unilateral, sujeto a límites y a condiciones que incluyen por supuesto el restablecimiento del equilibrio económico, para evitar un enriquecimiento injusto de la Administración a costa del contratista.

Mediante la alteración del objeto del contrato pueden defraudarse las reglas de la licitación, pues cambian las condiciones de ejecución e incluso el importe económico. De ahí que el Derecho europeo impusiera límites a los modificados, utilizados interesadamente en ocasiones con este fin espurio.

El poder de interpretación, inaceptable en las relaciones entre privados, evidencia la supremacía de la Administración y la subordinación al interés general de los contratos públicos.

La resolución unilateral es otra prerrogativa exorbitante que no podría admitirse en la contratación entre particulares, toda vez que el Código Civil proscribe dejar su devenir exclusivamente en manos de una de las partes. Cuando hablamos de contratos administrativos, en cambio, es la Administración la que decide sobre su existencia o continuidad, pues la causa es –una vez más– el interés público.

BIBLIOGRAFÍA: CASTILLO BLANCO, Federico, "Las prerrogativas de la administración en la contratación pública", en *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, 1996. HORGUÉ BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997. RIVERO YSERN, Enrique, *La interpretación del contrato administrativo*, Sevilla, 1971.SÁINZ MORENO, Fernando, "Prerrogativas de la administración en la contratación administrativa", en *Derecho de los contratos públicos*, 1995.

9. LOS RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Las Directivas europeas sobre contratos públicos han exigido a los ordenamientos internos de los estados miembros respuestas efectivas, rápidas y económicas frente a las adjudicaciones ilegales de contratos públicos. Por ello, además de regular procedimientos de selección de contratistas, prevén sistemas de recursos alternativos a los clásicos judiciales.

Otros países también someten a tribunales especiales los recursos frente a las decisiones de los órganos de contratación, por las peculiaridades técnicas de este régimen y en el afán de no paralizar la gestión ni perjudicar la competencia entre empresas contratistas. Esa protección de la libre concurrencia anima también la solución europea.

En España, los tribunales especiales de recursos contractuales se han creado, en el nivel del Estado y en las comunidades autónomas, bajo fórmulas diversas. En algunas regiones, el órgano consultivo ha asumido también estas funciones, mientras en otras se ha creado un tribunal especializado *ex novo*, sólo para realizar estas competencias. En todos los casos, sin embargo, se ha de garantizar su autonomía y competencia técnica, claves del buen funcionamiento requerido por las normas europeas.

Algunas de las ventajas de esta solución respecto la clásica del recurso judicial son evidentes: su rapidez, la mayor facilidad de lograr la suspensión u otras medidas cautelares, la gratuidad, el carácter especializado del órgano que resuelve y su orientación en clave protectora de la legalidad formal en las adjudicaciones.

BIBLIOGRAFÍA: COLÁS TENAS, Jesús, "El recurso especial en materia de contratación", *Revista de Estudios Locales*, núm. 205, 2017. DÍEZ SASTRE, Silvia, "El recurso especial en materia de contratación pública", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011. RÍOS MARTÍN, Esperanza, "Novedades en el recurso especial en materia de contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 18, 2018.

10. EL NUEVO ENFOQUE DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA

La contratación pública moviliza porcentajes tan relevantes del presupuesto que puede ser empleada para acompañar otras políticas públicas, pues condiciona el comportamiento de los operadores públicos y privados, tanto para favorecer buenas prácticas (ambientales, sociales), como para imposibilitar prácticas colusorias que encarecen artificialmente el precio de los contratos y menoscaban la

posición de las pequeñas y medianas empresas como contratistas o subcontratistas.

Desde el siglo XIX, el régimen de los contratos administrativos se ha orientado a lograr adquisiciones de bienes y servicios al menor precio posible (regla de la subasta) y también a prevenir la corrupción, por las muchas tentaciones de utilización con fines espurios. La búsqueda del ahorro y la buena administración, desde un punto de vista puramente económico, presidían la correcta gestión contractual.

Por supuesto, siempre se tuvo conciencia en la acción de gobierno de las repercusiones empresariales y sociales de adjudicar los contratos a unas empresas u a otras. El proteccionismo marcó las estrategias de administración de este volumen ingente de recursos hasta finales del siglo pasado, estando aún presente entres los sesgos de los órganos responsables de la contratación, que prefieren favorecer a las empresas locales por razones naturales (aunque prohibidas en muchos ordenamientos, por compromisos supra o internacionales).

Hoy, la acción del Estado como cliente inteligente y socialmente responsable se proyecta sobre numerosas políticas públicas, al reconocerse la contratación pública como una palanca efectiva para promover la innovación, la transformación en clave ambiental de las empresas, la contratación de personas con particulares dificultades (discapacitados, minorías discriminadas, víctimas de violencia) o la proliferación de Pymes competitivas en sectores determinados.

La compra pública electrónica, a la que se han sumado todos los gobiernos en los países desarrollados, ofrece ventajas de eficiencia, ahorro y gestión masiva de información sobre precios, calidades y especificaciones técnicas. Aquellas administraciones que han avanzado antes en su despliegue, han logrado ahorros y mejoras significativas en la comprensión de sus relaciones contractuales.

Así mismo, la compra pública verde anima a las empresas a invertir en clave ecológica, pues su compromiso con la defensa del ambiente será reconocido e incentivado por las adjudicaciones. Al igual que las cláusulas sociales, las ambientales contribuyen a la consecución de la Agenda 2030 (objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas).

La Administración pública, en todos los niveles, también puede orientar la contratación pública para el fomento de las PYMES, el tejido empresarial creador de mayor número de empleos, favorecedor de la equidad y de auténtica competencia e innovación. Hoy, las normas reguladoras de los contratos administrativos en muchos países lo permiten e invitan a hacerlo.

También se observa una tendencia internacional de utilización del régimen de los contratos administrativos para la lucha contra la corrupción. Herramientas

jurídicas como las listas negras, que expulsan de los mercados de encargos públicos a las empresas que pagan sobornos, ponen de manifiesto la contribución posible de este régimen para realizar el Estado de Derecho y evitar los abusos del poder, su sentido original y primero.

BIBLIOGRAFÍA: GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, *Las conexiones entre contratación pública e innovación*, Tecnos, Madrid, 2018. LAZO VITORIA, Ximena, *Compra pública verde*, Barcelona, 2018. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, "Fomento del acceso a PYMES en la contratación pública", en *Contratación administrativa práctica*, núm.143, 2016. PERNÁS GARCÍA, Juan José, *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2014.